This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 056 950 116

74

Die Abfindung

des

materiellen Klagsanspruchs

nach

österreichischem Civilproceßrecht.

Von

Dr. Georg Petschek,
Privatdocent an der deutschen Universität in Prag.

Wien 1903.
Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I. Kohlmarkt 20.

HD
AUS
991
PET
HARVARD
LAW
LIBRARY
Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Die Abfindung

des

materiellen Klagsanspruchs

nach

österreichischem Civilproceßrecht.

Von

Dr. Georg Petschek,
Privatdocent an der deutschen Universität in Prag.

Wien 1903.
Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I. Kohlmarkt 20.

Digitized by Google

FOR TX

For TX
P

Sonderabdruck aus der „Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Oesterreich".
Jahrgang 1902.

3/24/39

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitung: Die geschichtliche Entwicklung	1
I. Die Wirkung des Erbietens zur Annahme einer Abfindungssumme im früheren Rechte	7
II. Die derzeitige Wirkung des Erbietens	18
III. Die rechtliche Natur des Erbietens	24
IV. Die objective Zulässigkeit des Erbietens	31
V. Die subjective Berechtigung zum Erbieten	43
VI. Die zeitliche Zulässigkeit des Erbietens	45
VII. Die richterliche Stellungnahme zum Erbieten	47
VIII. Die Umwandlung des materiellen Rechtes des Klägers	52
IX. Vorschläge de lege ferenda	54

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung: Die geschichtliche Entwicklung.

Gegenstand dieser Abhandlung ist ein eigenartiges, nur dem österreichischen Rechte bekanntes[1]) Mittel zur Erzielung gewisser processualer Vortheile, das bis zum Jahre 1898 geradezu das tägliche Brot der Praxis bildete, seither zwar ein wenig an Bedeutung abgenommen hat, aber auch jetzt noch durchaus nicht selten zur Anwendung kommt. Seine Einführung in die österreichische Gesetzgebung fällt in das Jahr 1845. Bei der Ausarbeitung des Gesetzes über das Summarverfahren kam man

[1]) Aus diesem wurde es in das ungarische Recht übernommen. Siehe §. 11 Z. 2 und 3, §. 14 Ges. Art. XXII : 1877 (Begründung des Bagatellverfahrens durch die hier interessirende Erklärung); §. 13 Ges. Art. LIX : 1881 (Begründung des summarischen Verfahrens); §. 47 eod. (Ausschluß weiterer Appellation gegen ein zweitinstanzliches bestätigendes Urtheil im summarischen Verfahren); §. 117 Ges. Art. XVIII:1893 (Herbeiführung der Vollstreckbarkeit des Urtheils trotz Appellation); §§. 3, 5 Ges. Art. XIX : 1893 (Grundlage des Mahnverfahrens). Vgl. zuletzt den neuesten Entwurf einer ungar. C. P. O. (§§. 434 Z. 5, 619, 621, 625, 651). Weiters wurde es in der C. P. O. für Bosnien und die Herzegowina (§§. 10, 304) recipirt. Eine äußerlich ähnliche, aber im Wesen verschiedene Erscheinung findet sich in der bayerischen C. P. O. vom 1. Februar 1869. Danach war das „Verfahren mittelst bedingter Zahlungsbefehle" auf Sachen im Werthe bis 150 fl. beschränkt. Dem trug Art. 556 Rechnung: „Ist die Forderung auf eine vertretbare Sache gerichtet, so ist dem Schuldner die Wahl zu lassen, ob er diese oder den im Gesuche enthaltenen Geldanschlag dafür leisten wolle." Art. 563 sagte aber: „Bei Forderungen, die auf eine vertretbare Sache gerichtet sind, ist der Vollstreckungsbeschluß auf den Geldanschlag zu stellen, es bleibt aber dem Schuldner demungeachtet freigestellt, solange die Vollstreckung nicht wirklich erfolgt ist, sich durch Leistung der vertretbaren Sache von der Zahlung des Geldanschlages zu befreien." Vgl. auch Art. 4 Abs. 2. Den Unterschied erkennt man klar bei Heranziehung des §. 15 des österr. Mahngesetzes vom J. 1873.

Digitized by Google

überein, daß die durch dieses anzubahnende Schleunigkeit des Rechtsschutzes geringwerthiger Ansprüche nicht nur Geldforderungen,[2]) sondern auch den auf andere Gegenstände als Geld gerichteten Streitsachen zugewendet werden solle. Für letztere mußte somit das Gesetz die Art der Werthbestimmung festsetzen, da doch das Summarverfahren nur für Streitgegenstände, deren Werth die Höchstgrenze von 200 fl. CM. nicht überstieg, an die Stelle des ordentlichen Verfahrens zu treten bestimmt war. Das System, die Werthfestsetzung der richterlichen Entscheidung zu überlassen, dem Richter also eine Ueberprüfung der vom Kläger für den Antrag auf Einleitung des Summarverfahrens angeführten Werthangabe — sei es gleich bei der Terminsanberaumung, sei es erst infolge Einwendung des Geklagten — anheimzustellen, hätte den erforderlichen Erhebungen, beziehungsweise dem sich um die Werthfrage drehenden Streite kostbare Zeit geopfert und damit den auf Proceßbeschleunigung angelegten Bestrebungen entgegengearbeitet.[3])

Noch weniger ging es an, die Werthberechnung mit bindender Wirkung schrankenlos in die Hand des Klägers zu legen, ohne durch Aufstellung geeigneter Cautelen den Geklagten davor zu bewahren, auch in höherwerthigen Angelegenheiten in den Formen des Summarverfahrens Recht geben zu müssen. Zwang nun jene Erwägung zur Ausschaltung der richterlichen Werthprüfung, so war der andere Gesichtspunkt Anlaß, ein Aushilfsmittel zu suchen, das es gestattete, die Werthbezifferung ausschließlich dem Kläger anzuvertrauen, ohne sie doch zu einer reinen, blos durch

---

[2]) Nur auf sie wollte das Summarverfahren zunächst eingeschränkt wissen das über den Entwurf des Referenten bei der Obersten Justizstelle, Hofrath von Plappart, erstattete Correferat des Hofrathes von Lichtenfels. Es erliegt in der Registratur des Obersten Gerichtshofes (I. G 1 b). Daselbst finden sich noch die Bemerkungen Plappart's zu dem genannten Correferat, sowie der Allerunterthänigste Vortrag der Obersten Justizstelle und der Hofcommission in Justizgesetzsachen; der ursprüngliche Entwurf des Vicepräsidenten Freiherrn v. Gärtner, der darauf aufgebaute Entwurf Plappart's sowie die Rathsprotokolle vom 30. April und 2. Mai 1845 fehlen in dem erwähnten Fascikel und scheinen in Verlust gerathen zu sein. Vgl. die Angaben bei Schenk, Der österr. summarische Proceß (Wien 1864), S. 121 fg.; diesem Autor lagen noch die jetzt unauffindbaren Acten vor.

[3]) Darauf wird im citirten Correferate und im Allerunterthänigsten Vortrage hingewiesen.

Digitized by Google

seine eigenen Wünsche geleiteten und die Interessen des Gegners mißachtenden Formalität zu gestalten. Die Gewähr für die Unschädlichkeit der Freiheit des Klägers in der Wahl der Verfahrensart fand man nun darin, daß er sich die Abkürzung des Proceßweges unter Umständen nur mit einer materiellen Einbuße erkaufen konnte. Zur beiläufigen Richtigkeit der Selbstschätzung des Streitgegenstandes sollte der Kläger durch die Gefahr verhalten werden, sich durch seine Angabe selbst zu expropriiren und für das Naturalvermögensobject den in der Klage genannten Geldbetrag eintauschen zu müssen. Die neuen Verfahrensformen wurden für Naturalstreitigkeiten nur zur Verfügung gestellt,[4]) wenn der Kläger sich erbot, an Stelle des Klagsgegenstandes eine 200 fl. nicht überschreitende Summe annehmen zu wollen. Weil auf Grund dieser Erklärung für den Geklagten nur jene Summe auf dem Spiele stand, weil der im Summarverfahren erreichte Sieg dem Kläger lediglich den Maximalwerth von 200 fl. sichern konnte,[5]) hielt sich für beide Theile der Werth des Streitgegenstandes nicht ober dieser Grenze.

Dieser Vorgang scheint sich praktisch sehr bewährt zu haben. Auf dem eingeschlagenen Wege schreitet die Legislative fort. Abgesehen von der Wiederholung des §. 2 S. V. bei Einführung des Summarverfahrens für die Militärgerichte (Decret des Hofkriegsrathes vom 10. Februar 1847, Nr. 1028 J. G. S.), ferner in Dalmatien und in Italien wird der dargelegte Grundsatz für die Herausstellung des Werthes des Streitgegenstandes auch bei der Abgrenzung der Zuständigkeit verwendet. So nimmt die kaiserliche Entschließung vom 14. Juni 1849, Nr. 278 R. G. Bl., über die Grundzüge der neuen Gerichtsverfassung in §. 9 Abs. 2 Z. 1 a jene Methode für die Zutheilung von Rechtssachen an die am Sitze eines Landesgerichtes bestellten Bezirksgerichte in Aussicht. Die Jurisdictionsnorm vom 18. Juni 1850, Nr. 74

---

[4]) Die Kehrseite dieser Einrichtung lag aber darin, daß der Beklagte auch bei Streitigkeiten um noch so kleine Werthe kein Mittel besaß, dem schwerfälligen ordentlichen Processe und dem Anwaltszwange zu entgehen.

[5]) Das gilt zumindest für die Dauer des Summarprocesses, bedeutet also, daß der Kläger, der nicht auf den Weg des ordentlichen Verfahrens gedrängt werden wollte, wenigstens noch knapp vor dem Verhandlungsschlusse zur Annahme der Ablösungssumme genöthigt war. Die Stellungnahme zu dieser Frage vgl. unten im Abschnitt I.

Digitized by Google

R. G. Bl.[6]) weist Streitigkeiten um Nichtgeldansprüche den Bezirksgerichten zu, wenn der Kläger sich zur Annahme eines 500 fl. nicht übersteigenden Betrages bereit erklärt. Ein derartiges Anerbieten begründet sodann nach den Jurisdictionsnormen vom 20. November 1852, Nr. 251, 259 und 261 R. G. Bl.[7]) die Zuständigkeit des städtisch-delegirten Bezirksgerichtes (Prätur); diese Gesetze haben übrigens eine erhebliche Fortbildung unserer Institution gebracht.[8])

Sie begegnet uns wieder in der Verordnung der Ministerien des Aeußeren und der Justiz und des Armee-Obercommandos vom 31. März 1855, Nr. 58 R. G. Bl., §. 3 anläßlich der Berufung gewisser Viceconsulate und Consularagentien zur Entscheidung von Streitsachen bis zu einem Werthe von 500 fl., sowie in der für die unten folgende Untersuchung nicht bedeutungslosen, Ungarn, Croatien, Slavonien ꝛc. betreffenden Verordnung der Minister des Innern und der Justiz vom 26. Mai 1860, Nr. 130 R. G. Bl. über die Bestellung von Ortsgerichten für Rechtsstreitigkeiten von geringerem Belange.

In dieser Zeitperiode wird uns ausdrücklich die Zufriedenheit der Praxis mit der hier behandelten Art der Werthermittlung bezeugt. Es geschieht dies in der am 17. November 1862 abgehaltenen 31. Sitzung der Hannoverschen Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilproceßordnung,[9]) woselbst der Abgeordnete der österreichischen Regierung bei Behandlung des Werthes des Streitgegenstandes sich vergeblich um eine unserer J. N. nachgebildete Scheidung der collegial- und der einzelgerichtlichen Zuständigkeit — nach Maßgabe der Bereitschaft des Klägers zur Abfindungsannahme — bemühte. Bald darauf bestätigen die Erläuternden Bemerkungen zum Referentenentwurfe einer Civilproceßordnung vom Jahre 1866 die günstigen Erfahrungen, die man in der Praxis mit dem System der Selbst-

---

[6]) Ebenso die provisor. Gerichtsverfassung für Siebenbürgen (kais. Vdg. v. 4. Juli 1850, Nr. 271 R. G. Bl.), §. 16.

[7]) So auch nach der provisorischen J. N. für Siebenbürgen vom 10. Mai 1852, Nr. 108 R. G. Bl., der ungar. J. N. vom 16. Februar 1853, Nr. 30 R. G. Bl., und der siebenbürg. J. N. vom 3. Juli 1853, Nr. 129 R. G. Bl.

[8]) Vgl. darüber unten Abschnitt I.

[9]) Vgl. die Protokolle dieser Commission, S. 382 bis 384.

Digitized by Google

schätzung des Werthes durch den Kläger gemacht hatte;[10]) ein in der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 15. März 1870 bei der Berathung des Entwurfes v. J. 1867 eingebrachter Antrag des Abgeordneten Dr. R. von Waidele, dieses System, das den Beklagten dem Belieben des Klägers ausliefere, durch den Grundsatz der objectiven Wertheinschätzung zu ersetzen, vermag nicht durchzudringen.[11]) Knapp zuvor hatte sich der Selbstschätzungsgedanke im Gesetze über die Gewerbegerichte vom 14. Mai 1869, Nr. 63 R. G. Bl., ein neues Gebiet erobert, indem er hier der Qualificirung eines nicht Geld betreffenden gewerbegerichtlichen Erkenntnisses als Bagatellurtheils (das heißt Urtheils über eine Streitigkeit bis 50 fl.) zugrunde gelegt wird.[12]) Einen erheblichen Zuwachs an processualen Folgen der Werthbestimmungsfreiheit erlangt der Kläger durch die Gesetze vom 27. April 1873, Nr. 66 und 67 R. G. Bl., über das Bagatell- und das Mahnverfahren,[13]) in denen bedeutende, die Grundlagen unserer Frage berührende Zweifel abgeschnitten werden.[14]) Die jetzt geltenden

---

[10]) Vgl. diese Erläut. Bemerk., S. 20 fg.

[11]) Vgl. die Protokolle der Sitzungen des Abgeordnetenhauses, V. Session, S. 653, 676. Unklar ist mir geblieben, worauf die Worte jenes Abgeordneten abzielen, daß man bis dahin in Oesterreich „bei Fixirung der Competenzgrenze sowohl im summarischen Verfahren, als auch in jenen später normirten Gattungen von Ausnahmsverfahren, welche den Advocatenzwang aufgehoben haben, blos allein dem Kläger die Sache in die Hand gegeben" habe. Ich wüßte nicht, welche besondere Verfahrensart das System des §. 2 S. V. übernommen hätte, an das Waidele auch denkt, wenn er von der Freiheit spricht, „welche dem Kläger in allen diesen Gesetzen gegeben worden ist, entweder wahrhaft unbedeutende Gegenstände in Geld zu schätzen und sich mit dem Geldbetrage zu begnügen oder es nicht zu thun".

[12]) In diese Uebersicht gehört aber nicht das Gesetz vom 21. September 1869, Nr. 150 R. G. Bl., über die Gemeindevermittlungsämter, dessen §. 1 bestimmt: „Vor dem . . . Vermittlungsamte können zwischen streitenden Parteien über . . . Geldforderungen von höchstens 300 fl. oder über bewegliche Sachen, bezüglich welcher die Parteien erklären, für dieselben einen die Summe von 300 fl. nicht übersteigenden bestimmten Geldbetrag annehmen oder leisten zu wollen, im Sinne dieses Gesetzes wirksam Vergleiche abgeschlossen werden." Hier handelt es sich nicht um Ablösung kraft processualer Erklärung des Gläubigers, sondern um Abfindung kraft Parteienvereinbarung.

[13]) Vgl. auch §§. 5, 16 Ges. v. 24. Mai 1873, Nr. 97 R. G. Bl.

[14]) Vgl. weiters §. 1 Z. 2 des Entwurfes eines Gesetzes über das mündliche Summarverfahren (Nr. 492 der Beil. z. d. stenogr. Prot. des

Digitized by Google

Civilproceßgesetze bringen endlich der Idee der auf der Selbstschätzung des Klägers beruhenden processualen Abfindung des Klagsanspruchs neuerliche Anerkennung, ja sogar eine weitreichende Ausgestaltung.

Abg. H. X. Sess.), der — ebenso wie Glaser's Studie zu einem das mündliche Verfahren erweiternden Uebergangsgesetze (Gesammelte kleinere juristische Schriften, 2. Aufl., II., S. 243) — die Fassung des §. 1 Z. 2 Bag. Verf. übernimmt. Nach §. 56 soll die Abfindungsbewerthung Grundlage bei der Berechnung des Minimums der Succumbenzbuße für den Fall der Zurückweisung einer außerordentlichen Revision sein.

Digitized by Google

1.

Die Wirkung des Erbietens zur Annahme einer Abfindungssumme im früheren Rechte.

Nach der Einführung des Summarverfahrens entstand bald lebhafter Streit über die rechtliche Wirkung der im §. 2 S. V. genannten Voraussetzung, das ist des Erbietens des Klägers, anstatt des nicht in Geld bestehenden Klagsgegenstandes eine 200 fl. CM.[15]) nicht übersteigende Geldsumme anzunehmen. Die eine Meinung, vertreten von Schopf,[16]) Haimerl[17]) und Schuster,[18]) lehrte, das Erbieten stelle ein alternatives Begehren des Klägers auf Entschädigung dar, der Richter habe also dem Kläger unter Offenhaltung des Wahlrechtes des Schuldners die Sache selbst oder die Geldsumme alternativ zuzuerkennen, der Gläubiger könne sodann im Vollstreckungswege den im Urtheil ausgedrückten Betrag beitreiben, wenn ihm nicht die Sache selbst geleistet werde.[19]) Man erkannte bald, daß diese Anschauung eines von zwei unannehmbaren Uebeln nach sich ziehen müsse:[20]) entweder dem Ge-

---

[15]) Nach dem Gesetze für das lombardisch-venetianische Königreich: 600 österr. Lire.

[16]) Praktische Anleitung zur Kenntnis des gesetzlichen Verfahrens über geringfügige Klags- und Streitsachen (Graz 1847), S. 7.

[17]) Haimerl's Magazin III., S. 373 fg.

[18]) Ebenda XIII., S. 187 fg.

[19]) Dieser Auffassung rühmten Haimerl und Schuster insbesondere den Vortheil nach, daß sie im Falle der Unmöglichkeit der executiven Erlangung der Sache dem Gläubiger einen gesonderten Proceß nach §§. 306, 308 a. G. O. erspare.

[20]) Vgl. Kabelka, Haim. Magazin VIII., S. 289 fg., bes. S. 297 fg.

Digitized by Google

klagten Einwendungen gegen die Taxation, also gegen die schon in der Klage behauptete eventuelle Schadenshöhe, zu gestatten und dadurch im Gegensatze zu den Tendenzen des Gesetzes das Verfahren zu compliciren,[21]) oder das Urtheil schlechterdings dem alternativen Klagebegehren anzupassen und so in die materiellen Rechtsbeziehungen einzugreifen, dem Kläger etwa für den Fall des Unterganges der Sache eine Schadensersatzsumme zu gewähren, hinter welcher vielleicht der nach Civilrecht begründete Interessebetrag weit zurückbleibe.[22]) Es war somit klar, daß der

---

[21]) Offensichtlich verfehlt ist das Gegenargument Schuster's, an dieser Folge sei trotz des Zweckes des Summarverfahrens, den Proceß zu beschleunigen, kein Anstoß zu nehmen, weil die Vereinfachung darin liege, daß gleich im Hauptstreite die Ersatzfrage erledigt werde.

[22]) Die Absicht der Gesetzesverfasser läßt sich sehr schwer entnehmen, doch scheint es, daß auch ihnen der Gedanke des alternativen Begehrens in dem im Texte dargelegten Sinne vorschwebte. Der ursprüngliche Entwurf Gärtner's wollte das Summarverfahren überhaupt nicht auf Naturalstreitigkeiten angewendet sehen. Der Entwurf Plappart's brachte den §. 1 in folgender Fassung: „Diese Vorschrift . . . ist in allen Rechtsstreiten zu befolgen, wo die Forderung im Gelde oder in dem von dem Kläger ausgedrückten Geldanschlage . . . den Betrag von 200 fl. nicht übersteigt." (Vgl. Schenk, S. 134.). Lichtenfels fand nun das Wort „Geldanschlag" doppelsinnig: „Es kann auf Fälle bezogen werden, wo das Klagebegehren wirklich alternativ auf Leistung einer Sache oder eines bestimmten Geldbetrages gerichtet ist; es kann aber auch bedeuten, daß dem Kläger gestattet sein soll, blos um das summarische Verfahren zu begründen, seiner Klage einen Geldanschlag beizufügen, ohne darum wirklich Geld anzusprechen, und dies scheint in der That gemeint." Plappart erwiderte in seinen zu dem Correferate erstatteten Bemerkungen, zu §. 1: „Hier ist wörtlich nur von einer Forderung und nicht von einer beabsichtigten Gestattung für den Kläger, blos um das summarische Verfahren zu begründen, seiner Klage einen Geldanschlag beizufügen, die Rede. Das Wort Geldanschlag drückt . . . die Werthbestimmung einer Sache oder Leistung aus. (Referent besorgt, daß nach dem Texte des §. 1 des ursprünglichen Entwurfes der Fall, wenn Jemand entweder eine Sache in Natur oder in einem von ihm bestimmten Geldwerthe fordert, letztere Forderung von dem summarischen Verfahren als ausgeschlossen betrachtet werden könnte, was nicht sein soll.) Zur größeren Deutlichkeit könnten im Texte dieses Paragraphen statt ausgedrückten die Worte statt der Sache oder Leistung in Natur begehrten gesetzt werden. Daß der Kläger bei der alternativen Bitte entweder auf Sache oder Leistung in Natur oder in deren Geldanschlage letzteren zu klein ansetzt, ist regelmäßig wegen seines eigenen Interesses nicht zu befürchten; ein zu großer, den Betrag von 200 fl. übersteigender Anschlag gehört ebensowenig als die bloße Forderung einer Sache oder Leistung in Natur zum summarischen Verfahren." Dieser

Digitized by Google

Kläger auf seinen Naturalleistungsanspruch angewiesen bleiben müsse, wo nicht der Geklagte sich freiwillig zur Geldablösung verstehe. Ihn sollte — nach der Ansicht einer zweiten Gruppe von Auslegern — das klägerische Erbieten zu solchem Entschlusse veranlassen, das Summarverfahren werde eingeleitet, weil der Kläger zu seiner Abfindung mit einem geringfügigen Betrage seine Hand biete.

Die Durchführung dieses Gedankens gabelt sich nach verschiedenen Richtungen. Kautschisch[23]) sieht in der Erklärung des Klägers eine wahre Vergleichsofferte, die der Annahme des Geklagten bedürfe, wobei aber diesem regelmäßig[24]) in Abweichung vom §. 862 a. b. G. B. die ganze Dauer der Verhandlung zur

---

ganze Passus ist aber durchgestrichen und es heißt am Rande: „Zu §§. 1 bis 5 tritt Referent dem nachträglichen Antrage S. E. des Herrn V. P. Baron Gärtner bei." Schenk (S. 134, 135) theilt zum §. 1 des Referentenentwurfes mit: „Dagegen wurde eingewendet, daß diese Bestimmung dahin mißverstanden werden könnte, als sei nur die Veranschlagung im Gelde nothwendig, ohne darum wirklich nur Geld anzusprechen. Ueber Antrag Schrott's wurde daher die im Gesetze erscheinende Textirung beschlossen, die insbesondere im §. 2 und 3 diesen eingewendeten Mangel beseitigen sollte." Was bedeutet hier das Wörtchen „nur"? Im Zusammenhange mit dem erwähnten §. 3 S. V. („der Betrag der Schuld wird nach der Summe, auf deren Bezahlung in der Klage das Begehren gestellt ist, berechnet") könnte man es dahin deuten, daß nach §. 2 S. V. die Klage nur auf die sachvertretende Summe gerichtet werden sollte. Doch im A. U. Vortrage wird wieder gesagt: „ . . . vereinigte sich die Stimmenmehrheit dahin, dieses Verfahren vorderhand nur auf Streitigkeiten über bestimmte Geldsummen, welche . . . 200 fl. CM. nicht übersteigen, oder wo der Kläger wenigstens alternativ eine Geldsumme von einem nicht höheren Betrage in Anspruch nimmt, zu beschränken (§§. 1 und 2). Klagen auf bestimmte Geldsummen, oder wo der Streitgegenstand durch eine bestimmte Geldsumme vertreten werden kann, pflegen in der Regel die einfacheren zu sein, auch läßt sich bei Streitigkeiten, wo das Klagebegehren nicht wenigstens alternativ auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtet ist, nicht von amtswegen darüber absprechen, welchen Werth sie besitzen." — Die erreichbaren Quellen wurden hier mit Rücksicht auf ihre Unklarheit in extenso wiedergegeben. Die größere Wahrscheinlichkeit spricht für die zu Beginn dieser Note vertretene Annahme.

[23]) Commentar der a. h. Entschließung vom 18. October 1845 über das summarische Verfahren in Streitsachen (Graz 1848), S. 8. Dieser Anschauung anscheinend auch die II. Instanz in E. 18. März 1891, Gl.-U. 13664.

[24]) Wenn nämlich der Kläger nicht dem Erbieten eine bestimmte kürzere Annahmefrist hinzugefügt hat. Vgl. auch den Fall in Juristische Blätter 1882, Nr. 45 (Gl.-U. 8463).

Digitized by Google

Acceptation offenbleibe, „weil hier diese Frist gleichsam (!) vom Richter durch die Anordnung der Verhandlung zu bestimmen ist". Schweigen oder Ablehnen des Geklagten bewirke unter Aufrechterhaltung des Summarverfahrens Unwirksamkeit des Erbietens, dessen Annahme dagegen habe Verurtheilung zur ausschließlichen Zahlung der beiderseits festgesetzten Summe zur Folge. Ganz zu schweigen von der geheimnisvollen Grundlage der abnormal ausgedehnten Antragsbindung, wird später darzuthun sein, daß die — neuerdings wiederaufgenommene — Offertentheorie unmögliche Consequenzen hervorruft.

Den stärksten Anklang bis in die jüngste Zeit fand nun die Construction Kabelka's,[25]) der das Erbieten als nicht verbindlichen Ablösungsvorschlag hinstellte; an ihn soll sich nie Verurtheilung zur Sachleistung mit Vorbehalt der Geldzahlung knüpfen, vielmehr soll er lediglich Anregung zur Abschließung eines gewöhnlichen, den Proceß beendigenden gerichtlichen Vergleiches auf Geldzahlung (§. 268 a. G. O.) sein oder dem Geklagten Gelegenheit geben, durch Zahlung des Schätzungsbetrages vor Urtheilsfällung sich von der Naturalverpflichtung zu befreien, mit der Maßgabe, daß der Rücktritt von der Anregung oder die Zurückweisung der angebotenen Summe seitens des Klägers Abbrechung der nunmehr voraussetzungslos gewordenen summarischen Verhandlung und Verweisung der Sache in das ordentliche Verfahren nach sich zieht. Bei näherer Betrachtung dieser Theorie tritt ihr innerer Widerspruch klar zutage. Im Interesse des Geklagten bedarf es einer Bürgschaft für das richtige Maß der eine expeditive Verhandlung anstrebenden Streitbewerthung des Klägers, deren Ernstlichkeit soll aber durch Bereitstellung eines Mittels gesichert werden, dessen Gebrauch unmittelbar den Proceß beendigt (Vergleich auf Zahlung der Schätzungssumme) oder ihn gegenstandslos macht (Zahlung des Schätzungsbetrages während des Verfahrens). Der Geklagte also, der blos in der Verhandlung den

---

[25]) A. a. O., S. 295 fg. Sie wurde insbesondere zum Theil übernommen von Ullmann, Das österr. Civilproceßrecht, 3. Aufl., S. 48, 380. Vgl. dazu unten Note 28. Unklar der Standpunkt der E. 9. Mai 1888, Gl.-U. 12183. Ganz vereinzelt ist die Anschauung der E. 27. November 1883, Gl.-U. 9672, daß die allgemeine Erklärung des Klägers, einen die maßgebende Grenze nicht übersteigenden Betrag annehmen zu wollen, genüge, ohne daß dieser Betrag selbst ziffermäßig bestimmt sein müsse.

Digitized by Google

Kläger beim Wort nehmen kann,[26]) vermag dies nur unter gleichzeitiger Aufgabe seines Streitwillens. Wo er das gegen ihn geltend gemachte Recht verneint, also der richterlichen Entscheidung und ihrer Ueberprüfung nicht entrathen kann, ist für ihn der Vorschlag des Klägers unannehmbar. Der auf Einleitung des Summarverfahrens gerichteten Absicht des Klägers hätte es somit an dem oben geschilderten psychologischen Hemmnis gegen eine Hereinziehung hochwerthiger Rechtsverhältnisse überall gefehlt, wo er einen wahren Kampf mit dem Geklagten voraussehen konnte. Gerade in Erwartung der beharrlichen Rechtsbestreitung hätte er dem Gegner den dann für diesen umso dringenderen Rechtsschutz beruhigt einschränken können (§. 51 S. V.!), ohne damit eine Gefahr für seine eigene Rechtsstellung heraufzubeschwören. So würde nach jener Meinung das im §. 2 S. V. aufgestellte Erfordernis im Ernstfalle auf eine bloße Farce herabgedrückt werden. Das klägerische Erbieten würde Sonne und Wind zwischen den beiden Parteien nur dort gleichmäßig vertheilen, wo dem Geklagten, weil er dem behaupteten Rechte zu genügen sich nicht widersetzt, die Proceßart nebensächlich sein kann.

Läßt sich so schon für das Summarpatent selbst jene Auslegung nicht rechtfertigen, so liefern die Jurisdictionsnormen des Jahres 1852[27]) einen weiteren Beleg für ihre Ablehnung. In dem uns beschäftigenden Punkte können diese Gesetze die Bedeutung einer authentischen Interpretation des §. 2 S. V. beanspruchen.[28]) Denn dieselbe Erklärung des Klägers, kraft deren

---

[26]) Bei dem dieser freilich nur dann beharren muß, wenn er das ordentliche Verfahren zu vermeiden wünscht.

[27]) Auch schon die vorangehenden J. N.

[28]) Sie machen es zunächst unmöglich, der Anschauung Ullmann's a. a. O. beizupflichten, der aus dem Erbieten nur die Nöthigung des Klägers, der nicht das S. V. verlieren will, folgert, den Schätzungsbetrag anzunehmen (nicht auch die Last des Vergleichsabschlusses.) §. 15 lit. b kennt nun das Erbieten auch in Fällen, in welchen Beklagter im Processe gar nicht in der Lage ist, das Aequivalent des Klagsanspruches auf Grund der klägerischen Erklärung zu berechnen (z. B. bei Leistungen auf immerwährende Zeiten), also auch gar nicht den Kläger in die Zwangslage versetzen kann, das Aequivalent entgegenzunehmen oder die aus dem Erbieten fließenden Vortheile aufzugeben. Es würde daher an der Controle für die Correctheit des Erbietens mangeln. Was sich so aus §. 15 lit. b ergibt, ist auch anwendbar für §. 15 lit. a J. N. und für §. 2 S. V. Vergleiche den Text.

Digitized by Google

es zur Eröffnung des Summarverfahrens kam, zog die Sache gemäß §. 15 J. N. vor das städtisch-delegirte Bezirksgericht;[29]) eine mit dieser Zuständigkeitsordnung unverträgliche Annahme bezüglich der Wirkungen des klägerischen Erbietens konnte nunmehr mit diesem auch nicht nach der zweiten Seite seiner processualen Bedeutsamkeit harmoniren.[30]) Nach Kabelka soll nun der Kläger trotz seiner Erklärung freie Hand behalten und mit ihrem Widerruf blos die Cassirung der summarischen Procedur herbeiführen. Aber die Ermächtigung zu der durch eine solche Abstandnahme bedingten Beseitigung der Folgen des Erbietens steht in schroffem Gegensatze zu dem Principe der perpetuatio fori, zu welchem sich §. 6 J. N. bekennt.[31]) Die Zuständigkeit, die sich ausschließlich nach dem Proceßbeginne normiren soll, kann nicht im Zuge des Rechtsstreites durch freien Willen des Klägers behoben werden. Sie kann aber unerachtet der — als zulässig angenommenen — Zurückziehung des Erbietens nicht bestehen bleiben, weil dieses sonst wiederum nach §. 15 J. N. an keine Schranken gebunden wäre. Man müßte demnach eine Ausnahme vom §. 6 J. N. unterstellen.[32]) Das liefe aber, genau besehen, auf eine petitio principii hinaus und verbietet sich auch durch den §. 15 lit. a J. N., der in der That für einen ganz anders gearteten Fall auf ein in der Verhandlung eintretendes Ereignis die Aenderung der bis dahin gegebenen Zuständigkeit aufbaut.[33]) In derselben Gesetzesstelle, die für den einen Fall ausdrücklich eine Abweichung vom §. 6 J. N. statuirt, kann nicht zugleich für ein anders gelagertes Verhältnis dieselbe Norm lediglich zwischen den Zeilen versteckt sein. Danach muß die Behauptung der Widerruflichkeit des Erbietens und damit die ganze Theorie

---

[29]) Nicht auch umgekehrt; die Gleichstellung der maßgebenden Beträge erfolgte erst durch die Proceßnovelle d. J. 1874.

[30]) Das muß dann aber für den §. 2 S. V. überhaupt gelten, auch dann, wenn ein ländliches Bezirksgericht einschreitet; die Auffassung des Erbietens kann nicht in der Stadt und auf dem Lande verschieden sein.

[31]) Vgl. Schrutka, Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung (Berlin 1894), S. 33.

[32]) Dieser Anschauung ist offenbar Ullmann, S. 48.

[33]) Genauer gesagt, es handelt sich nicht um Aenderung der Zuständigkeit, sondern um Fortsetzung der Verhandlung bei einer anderen Gerichtsabtheilung. Vgl. Schrutka, S. 16, 17. Das ändert aber nichts an dem Gedankengang des Textes.

Digitized by Google

Kabelka's das Feld räumen. Dann bleibt aber, und zwar auch schon für das Summarpatent, nur übrig, von einer Revocirbarkeit des Erbietens abzusehen und dessen Wirkungen nicht auf den Proceß einzuengen. Es muß schon für diese Zeit als Einräumung einer sich auch neben dem Sachzuspruch erhaltenden facultas alternativa zur Geldzahlung, somit als definitive Abfindungsermächtigung gedeutet werden.[34])

Einigermaßen adminiculirend darf wohl mit Rücksicht auf die damaligen staatsrechtlichen Verhältnisse die zwar nur für Ungarn ꝛc. wirksame Verordnung vom 26. Mai 1860, Nr. 130 R. G. Bl., herangezogen werden. Sie setzt im §. 2 fest:

„Folgende Streitsachen müssen bei den Ortsgerichten anhängig gemacht und entschieden werden: a) über Geldsummen . . . . . b) über andere bewegliche Sachen und über persönliche Leistungen, wenn der Kläger statt derselben eine Geldsumme anzunehmen sich erbietet, welche . . . den Betrag von . . . . . nicht übersteigt."

Im §. 16 wird sodann gesagt:

„Wurde dem Sachfälligen die Zahlung einer Summe Geldes aufgetragen, so ist ihm dazu eine Frist zu bestimmen, welche aber 14 Tage nie überschreiten darf. In anderen Fällen ist ihm eine den Umständen angemessene Frist festzusetzen, binnen welcher er seine Verbindlichkeit zu erfüllen oder diejenige Geldsumme zu zahlen hat, welche statt derselben der Entscheidung gemäß vom Kläger anzunehmen ist (§. 2 b)."

An einer Stelle also, die der Regelung der Paritionsfrist gewidmet ist, gibt die Verordnung nur gelegentlich und nebenbei ihre Stellung zur Discussion über das Capitel des „Erbietens" kund. So verräth ihre Fassung, daß sie nicht selbst in einen Meinungsstreit einzugreifen dachte, vielmehr dessen schon eingetretene Entscheidung bei Anwendung der im §. 2 gebrauchten Worte voraussetzte, trotzdem seit Hinausgabe der Jurisdictions-

---

[34]) So schon Nippel, Erläuterung der allerh. Vorschrift vom 18. October 1845 über das summarische Verfahren in Civilrechtsstreitigkeiten (Wien 1848), S. 8. Vgl. auch Entsch. v. 3. August 1881, Gl.-U. 8463, doch wird hier verlangt, daß Geklagter von dem Erbieten Gebrauch zu machen erklärt. Ebenso E. 26. April 1893, Gl.-U. 14684. Richtig die E. 21. Februar 1894, Nowak'sche Sammlung IX., S. 32.

Digitized by Google

normen keine unsere Frage ex professo beantwortende Aeußerung in den Rechtsquellen zu finden ist.

Der Rechtsinhalt des Erbietens nach der J. N. des Jahres 1852 ist auch noch gegenwärtig nicht irrelevant. Die früher citirte Verordnung vom 31. März 1855, Nr. 58 R. G. Bl., verleiht im §. 3 auf Grund einer derartigen Erklärung gewissen Consularämtern die Zuständigkeit für Rechtssachen bis 500 fl. und gründet im §. 8 die Competenzvertheilung auf die Vorschriften der J. N. des Jahres 1852. Diese Anordnungen blieben aber gemäß Art. IV des E. G. zur J. N. vom Jahre 1895 und §. 2 des jetzt bereits ausgeführten Gesetzes vom 30. August 1891, Nr. 136 R. G. Bl., auch nach dem 1. Januar 1898 erhalten.[35]) Im Uebrigen wurde die sich an §. 2 S. V. und §. 15 J. N. vom Jahre 1852 anschließende Controverse durch die spätere Gesetzgebung beseitigt.[36])

Undeutlich stylisirt war allerdings das Gesetz über das Bagatellverfahren, dessen §. 1 Z. 2 von dem Erbieten sprach, eine bestimmte Geldsumme „als Abfindungsbetrag anzunehmen". Aus diesem Ausdruck ist nun eine klare Gesetzesdispositive nicht zu erschließen. Daß die Annahme der Summe seitens des Klägers als dessen Abfindung wirke, also seinen Naturalanspruch mit Geld befriedige, wurde ja schon für das Summarpatent nicht in Zweifel gezogen. Ob aber die Erklärung den Kläger binde, ob ihr im Urtheil Rechnung zu tragen sei, so daß Geklagter auch noch nachher sich zur Abfindung entschließen

---

[35]) Die am 1. October 1902 in Kraft getretene Verordnung des Gesammtministeriums vom 15. Mai 1902, Nr. 101 R. G. Bl., nach welcher für die Consulargerichte ohne Rücksicht auf den Streitwerth das Summarverfahren gilt (§. 1), bezeichnet als Anwaltsprocesse die Streitigkeiten mit einem Werthe über 1000 K. Bei dessen Berechnung wird man wohl auf §. 15 J. N. zurückgehen müssen, so daß es auch darnach noch jetzt auf die Beurtheilung dieser Stelle ankommt.

[36]) Daraus, daß das Gewerbegerichtsgesetz v. J. 1869 in Naturalleistungsstreitigkeiten Proceßvergleiche auf die Leistung mit facultas alternativa zur Geldzahlung zuläßt (§. 79), kann nicht geschlossen werden, daß in den Fällen, in denen das Erbieten des Klägers Unanfechtbarkeit des Urtheils nach sich zieht (§. 68), das Urtheil die Ermächtigung des Sachfälligen zur Abfindung enthalten müsse, diese also auch dem Urtheil nachfolgen könne. Doch ergibt sich diese Consequenz aus den anderen hier angestellten Erwägungen.

Digitized by Google

könne, ist auch aus dem Wortlaute des §. 1 Z. 2 Bag. V. nicht zu entnehmen.[37]) Für Denjenigen, der sich die oben gezogenen Folgerungen nicht aneignen mochte, hätten sich Einwürfe umsoeher ergeben können, als die Begründung zum Referentenentwurfe einer C. P. O. vom Jahre 1866 — also der ursprünglichen Vorlage des §. 1 des Bagatellgesetzes —, obzwar hier zum erstenmale vom „Abfindungsbetrag" die Rede ist, unzweifelhaft der Theorie des der Acceptation bedürftigen Vergleichsvorschlages huldigt.[38]) Weiters konnte sich die Opposition auf die Differenz gegenüber dem Gesetze über das Mahnverfahren berufen, wo die im §. 4 genannte Bereiterklärung des Gläubigers zur Geldannahme in den §§. 6 und 15 näher im Sinne der Begründung einer durch das Verfahrensende unberührten Alternativermächtigung des Schuldners bestimmt wird; eine nur auf diese beiden Gesetze gestützte, nicht am S. V. und der J. N. controlirte Interpretation hätte sich das Argument zunutze machen können, daß im Mahnverfahren ein Eingehen des Belangten auf die Anregung des Gegners keinen Raum finde, daß somit hier das Erbieten andere Wirkungen hervorrufen müsse, als in dem auf contradictorische Verhandlung angelegten Processe.[39]) Doch vor dem

---

[37]) Pražák, Právník 11., S. 623 forderte in einer Besprechung des Entwurfes die Klarstellung der Bedeutung des Erbietens.

[38]) Der §. 26 Z. 2 des Entwurfes stimmt bis auf die Höhe des zu nennenden Geldbetrages wörtlich mit §. 1 Z. 2 Bag. Verf. überein. Die Erläut. Bemerkungen sagen: „Der Fall, daß der Kläger nebst dem Gegenstande in natura alternativ auch dessen Werth verlange, kann allerdings vorkommen, er muß aber nicht vorkommen, um die Competenz zu begründen. Diese letztere ist auch begründet, wenn das Anerbieten des Klägers lediglich die Natur eines Vergleichsvorschlages (etwa im Sinne des §. 268 a. G. O.) hat, welcher, um für ihn in merito verpflichtend zu sein, erst der Annahme von Seiten des Beklagten bedarf. Die Geldsumme, deren Höhe der Kläger angibt, läßt sich dann juristisch als eine Ausgleichs- oder Abfindungssumme auffassen, die, solange die Parteien sich darüber nicht vereinbart haben, weder ab- noch zugesprochen werden kann. Sie unterscheidet sich wesentlich von einer vom Kläger ausgehenden Schätzung seines Schadens, dessen Ersatz er alternativ nur dann verlangen könnte, wenn er ihn als solchen bestimmt bezeichnet und veranschlagt hat, und erbötig ist, dessen etwa angefochtenen Umfang zu beweisen."

[39]) Einen Mittelweg schlägt Fryc, Právník 28., S. 149 fg. ein. Während des Bagatellprocesses hält er den freien Gebrauch des Beklagten von der Bereitschaft des Klägers zur Abfindungsannahme für möglich, ja er gestattet

Digitized by Google

Wörtchen „Abfindungsbetrag" verstummte jedes Bedenken, man vereinigte sich allgemein auf die Lehre der durch das Erbieten definitiv eintretenden Abfindungsermächtigung.[40]) So legte man auf eine nichtssagende Wendung Gewicht und hätte doch, auch abgesehen von unseren früheren Beobachtungen, im §. 19 Mahngef. einen zwingenden Anhaltspunkt besessen. Das in der Mahnklage enthaltene Erbieten bleibt trotz Erhebung des Widerspruches gegen den bedingten Zahlungsbefehl aufrecht und leitet nunmehr die Wahl zwischen Anordnung des Bagatell- oder des Summarverfahrens. Da nun die klägerische Erklärung durch den Widerspruch ihre Natur nicht wechseln kann, so folgt daraus, daß §. 19 die Einleitung einer der genannten Verfahrensarten auf Grund eines mit den dem Mahngesetze bekannten Wirkungen ausgestatteten Erbietens anbefiehlt. Und da dieses weiters für den dem Widerspruch folgenden Proceß auf Grund einer Mahnklage nach Ausweis des §. 19 Abs. 1 in Verbindung mit §. 2 Mahngef. die Zuständigkeit eines städtisch-delegirten Bezirksgerichtes auszulösen imstande ist,[41]) so zwingt dies Alles zum Schlusse, daß spätestens durch die 73er Gesetze der Charakter des Erbietens in Ansehung aller auf ihm basirenden Vorschriften (also auch §. 2

---

jenem nicht blos Zahlung, sondern auch gerichtlichen Erlag der Summe für den Fall der Sachfälligkeit im fortzusetzenden Verfahren. Abfindung in der Executionsinstanz verweigert er aber unter Berufung auf die Sonderregel des §. 15 Mahnverf.

[40]) Vgl. Ullmann, Das Bagatellverfahren (Wien 1873), S. 5 und Civilproceßrecht, S. 48, 440. Vgl. auch Tilsch, Der Einfluß der Civilproceßgesetze auf das materielle Recht, 2. Aufl. (Wien 1901), S. 228. (Die Note 71 daselbst enthält ein Mißverständnis, wie sich aus den Darlegungen dieser Arbeit ergibt).

[41]) Analoges erhellt entsprechend einem früheren Gedankengange schon aus dem Bag. Gesetze allein und hätte Diejenigen, die den §. 1 Z. 2 Bag. Ges. im Sinne der allgemeinen Meinung auslegten, von ihrer entgegengesetzten Deutung der anderen Erbietensfälle abbringen sollen. Die Erklärung des Klägers kann event. die Einleitung des Bagatellverfahrens nur veranlassen wenn sie zugleich nach den allgemeinen Bestimmungen das städtisch-delegirte Bezirksgericht zur Amtshandlung zu berufen vermag (Eingang des §. 1 Bag. Ges.). Die einheitliche Erklärung kann aber nach beiden Richtungen nur gleich wirken, die Stellung zu §. 1 Z. 2 Bag. Verf. präjudicirt somit der Auffassung des §. 15 J. N. und vermöge der Wechselbeziehung zwischen §. 15 J. N. und §. 2 S. V. auch der Ansicht über diesen.

Digitized by Google

S. V. und §. 15 J. N.) in dem zuletzt angenommenen Sinne nivellirt wurde.[42])

[42]) So auch der ohne Begründung festgelegte Standpunkt Canstein's, Lehrbuch des österr. Civilproceßrechtes, 2. Aufl., I. S. 102 fg., 106, II. S. 279, 456, auch 357. Die wahre Meinung des Autors ist an den verschiedenen Stellen nicht klar, ergibt sich aber doch aus II., S. 279 N. 2 und besonders I., S. 18. Die Materialien zu den neuen Civilproceßgesetzen, I. S. 335 bezeichnen die im Text angenommenen Erbietensfolgen als „der schon heute überwiegenden Ansicht" entsprechend.

Digitized by Google

II.

Die derzeitige Wirkung des Erbietens.

Für das heutige innerhalb des österreichischen Staatsgebietes geltende Recht hat das gewonnene Ergebnis nur mehr historisches Interesse. Die neuen Civilproceßgesetze haben allen Erörterungen über die Rückwirkung des Erbietens auf das materielle Verhältnis einen Riegel vorgeschoben und im Anschluß an frühere Entwürfe[43]) in unzweideutiger Weise einer derartigen Erklärung des Klägers materielle Tragweite zugeschrieben. §. 410 C. P. O.:

„Wird in einem Urtheile ein Gegenstand zuerkannt, der nicht in einem Geldbetrage besteht, so ist zugleich auszusprechen, daß sich der Beklagte durch Zahlung des Geldbetrages, welchen der Kläger in der Klage oder während der Verhandlung anstatt dieses Gegenstandes anzunehmen sich bereit erklärt hat, von der Leistung dieses Gegenstandes befreien könne."

Die analogen Paragraphe des Gesetzes betreffend das Mahnverfahren blieben nach Art. XXVIII des E. G. zur C. P. O aufrecht.

Die Abfindungsbefugnis des Geklagten nach §. 410 kann nicht auf die Zeit nach der Urtheilsfällung beschränkt werden. Der Urtheilszusatz muß seinen Schatten schon in den Proceß vorauswerfen. Ein Act, der nach der Streiterledigung als Anspruchstilgung gilt, muß nach §. 35 E. O. bereits im Verfahren möglich und wirksam sein. Es wäre auch sonderbar, wenn nicht der

---

[43]) Vgl. §§. 471, 19 Entw. C. P. O. v. J. 1876 und §§. 474, 19 Entw. 1881, aber nur für Bagatellsachen; ferner §§. 577, 579 beziehungsweise §§. 571, 573 betreffend das Mahnverfahren.

Digitized by Google

Geklagte durch Zahlung der Abfindungssumme sammt Kosten einem weitwendigen, ihn noch mehr belastenden Verfahren entgehen könnte.

Einen solchen Abbruch an der Vollkraft seines Rechtes muß der Kläger auf sich nehmen, um damit die autonome Wahl unter einigen einschneidenden Proceßeinrichtungen zu erwerben. Er erlangt den Anspruch auf besonderen Rechtsschutz durch Vermittlung des Mahnverfahrens und die unanfechtbare Decisive über den Werth des Streitgegenstandes. Sein Einverständnis mit einer Abfindung bis zu 100 K charakterisirt die Angelegenheit als Bagatellsache (§. 448 C. P. O.,[44]) §. 30 Gewerbegerichtsgesetz), je nach der Höhe des benannten Ablösungsbetrages über oder unter 1000 K schafft er den Zuständigkeitsgrund für das Einschreiten eines Gerichtshofes oder eines Bezirksgerichtes (§. 56 Abs. 1 J. N.).[45]) Diese Art der Festsetzung des Streitwerthes hebt §. 56 J. N. ab von den Fällen des alternativen Begehrens um Geldzuspruch auf Grund der actuellen oder potentiellen Richtung des materiellen Rechtsverhältnisses auf die alternativ geforderte Geldsumme,[46]) sowie von der Werthbezifferung durch

---

[44]) Hier ist der Begriff „Werth des Streitgegenstandes" in anderem Sinne verwendet als sonst. In den §§. 54 fg. J. N. bezeichnet er den Werth jedes Streitgegenstandes ohne Rücksicht auf das Object, im §. 433 (§§. 29, 224 Z. 7) C. P. O. bezieht er sich auf den wie immer bestimmten Werth eines nicht in Geld bestehenden Streitgegenstandes, im §. 448 C. P. O. (entgegengesetzt jedoch §. 1 Mahn-Ges.) endlich betrifft er nur den nicht durch Erbieten zur Abfindungsannahme bestimmten Werth von Nichtgeldansprüchen. Vgl. Petschek, Juristische Vierteljahresschrift 32., S. 36 fg.

[45]) Dazu kommt die Begründung der Anwendbarkeit der §§. 29, 117, 224 Z. 7, 433 C. P. O. Der i. J. 1894 im Herrenhause eingebrachte Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Bestellung von Friedensrichtern (Nr. 407 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des Herrenhauses, XI. Session), nach dessen §. 1 Z. 2 das Erbieten des Klägers zur Annahme einer Abfindungssumme von höchstens 40 K die friedensrichterliche Gerichtsbarkeit begründen sollte, wurde bekanntlich nicht Gesetz.

[46]) Das alternative Geldbegehren ist hier meritorischer Streitpunkt. Vgl. auch Schrutka, a. a. O., S. 62. Unrichtig meinte Fryc, Právník 28., S. 147, 148, daß der etwas anders als §. 56 cit. gefaßte §. 1 Z. 2 Bag. V. bei der „Eignung zu einem alternativen Begehren" an Streitigkeiten um vertretbare, beim „Erbieten" an solche um unvertretbare Sachen denke. — Unzweifelhaft falsch ist die Meinung Fürstl's, Die österr. Civilproceßgesetze, III. S. 140 (vgl. I. S. 593), daß die Fälle des Alternativbegehrens und der Abfindungseinwilligung

Digitized by Google

einfache klägerische Bewerthung. Diese entspricht nur dem Grundsatze unseres Rechtes, daß dem Gerichte regelmäßig ein Urtheil über den Streitwerth nicht zusteht, sie ist bloßer Proceßmechanismus ohne Einflußnahme auf das materielle Recht nach §. 410 C. P. O. Darum untersteht sie im Nothfalle der gerichtlichen Controle (§. 60 J. N.).[47]) Das Erbieten des Klägers dagegen duldet keine gerichtliche Untersuchung der Werthangemessenheit, seine Werthangabe in diesem Sinne bindet, weil sie die Clausel des §. 410 zur Folge hat, die anderen Proceßsubjecte insbesondere bezüglich des Verfahrens (§. 448)[48]) und der Zuständigkeit.[49]) Das wurde allerdings in letzterer Beziehung bestritten,[50]) aber schon der Wortlaut des §. 60 J. N., der nur den §. 56 Abs. 2, nicht auch die Legalstelle des Erbietens nennt, beweist die hier vertretene Behauptung. Gestützt wird sie durch die historische Erwägung, daß in allen Vorläufern der jetzigen J. N. die bindende Kraft der klägerischen Declaration vorausgesetzt wird. Am stärksten fällt in die Wagschale, daß das dem §. 60 J. N. analoge gerichtliche Verhalten entweder dem ursprünglich nicht angerufenen Bezirksgerichte die Urtheilsfällung unter Ermächtigung des Beklagten zur Zahlung eines 1000 K vielleicht weit übersteigenden Abfindungsbetrages auferlegt oder geradezu zu einem Abstrich an der vom Kläger genannten Summe, das heißt zu seiner Expropriation führen muß. Dieser mag sich

---

einander gleichstehen und beide zur Verurtheilung des Geklagten führen, das Geld oder die Sache zu leisten. Von dem Rechte des Klägers, die Abfindungssumme im Vollstreckungswege beizutreiben, sprach auch Neumann, Commentar zu den Civilproceßgesetzen, S. 782, der aber jetzt im Commentar zur Executionsordnung, S. 80, diese Behauptung zurücknimmt.

[47]) Ferner der Cognition in Ansehung des §. 448. Neumann, a. a. O., S. 846. Wachtel, Erläuterungen zur C. P. O. (Wien 1897), S. 407.

[48]) Neumann und Wachtel, a. a. O. Dasselbe lehrt Blumenfeld, Das Bagatellverfahren nach der neuen C. P. O. (Wien und Leipzig 1897), S. 13 bezüglich des entgegengesetzten Falles: daß eine an sich geringfügige Sache durch das Anerbieten, eine 100 K übersteigende Summe anzunehmen, in das gewöhnliche Verfahren gezogen wird.

[49]) Kornfeld, Juristische Blätter 1897, Nr. 8; Neumann, S. 1178, 1181; Klein, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses (Wien 1899), S. 223; Löw, Gerichtshalle 1900, Nr. 35.

[50]) Bum, Juristische Blätter 1900, Nr. 4 (S. 38, 39). Beschluß des O. L. G. Brünn vom 22. September 1899, Juristische Blätter 1900, Nr. 1.

Digitized by Google

von dem beanspruchten Gegenstand nur lossagen wollen, wenn er dafür einen hohen Gewinn einstreichen kann, vielleicht hat er die beträchtliche Summe nach Maßgabe vorausgeahnter Zukunftschancen angesetzt, keinesfalls kann man ihm ein minderes Aequivalent an Stelle der Sache substituiren.[50a])

Die bindende Function des klägerischen Willens hat freilich sehr harte Folgen. Die früheren Gesetze kannten nur Rahmen-Abfindungssummen (bis 500 fl., 50 fl. u. s. w.), dem §. 56 J. N. und §. 410 C. P. O. sind aber solche Schranken fremd. So kann sich der Kläger ungehindert für eine Lappalie, die nach ihrem wahren Werthe auch nicht durch Vereinbarung vor den Gerichtshof gebracht werden dürfte (§. 104 J. N.),[50b]) die collegialgerichtliche Zuständigkeit erschleichen, woferne ihn nur nicht die Unersetzbarkeit des Klagsgegenstandes von der Ermöglichung der Ablösung abschreckt.[51]) Und da sich nach seinen Angaben die Proceßgebühren bemessen (Verordnung des Justizministers vom 11. December 1897, Nr. 293 R. G. Bl., §. 6; kais. Verordnung vom 26. December 1897, Nr. 305 R. G. Bl., §. 10), so ist er in der Lage, außergerichtlich durch Androhung einer Klage mit exorbitanter Bewerthung den Geklagten einzuschüchtern und ihn zum Nachgeben zu zwingen, und kann, wenn er im Armenrechte streitet oder seiner Sache ziemlich sicher ist, die ihm gegönnte Freiheit zu einträglicher Proceßkostenspeculation mißbrauchen. Gerade bei der Kostenlast setzt Löw[52]) den Hebel an, um eine häufige illoyale Anrufung der Collegialgerichte abzuwehren: der Gerichtshof solle dem siegreichen Kläger nur die Kosten zusprechen, die vor dem

---

[50a]) Keinen Anstoß nimmt daran Blumenfeld, a. a. O., S. 13, 85, der den §. 410 dahin versteht, daß das Urtheil den vom Richter nach §. 273 C. P. O. bemessenen Ablösungsbetrag zu nennen habe; nur dürfe dieser gemäß §. 405 C. P. O. die vom Kläger bezeichnete Summe nicht überschreiten. Eine Entgegnung ist wohl überflüssig.

[50b]) Vgl. auch Kornfeld, a. a. O.

[51]) Die Motive zur J. N., die den Grundsatz der klägerischen Werthtaxation als unbedenklich hinstellen (Mater., I. S. 67), vergessen, daß das Ventil des §. 60 für den Fall des §. 56 Abs. 1 J. N. unbrauchbar ist.

[52]) A. a. O. Analog forderte schon Blumenfeld, a. a. O., S. 13 für den in Note 48 angegebenen Fall Bestrafung des „Muthwillens des Klägers" durch Reducirung der Kosten auf das im Verfahren nach §§. 448 fg. nöthige Maß. Der Meinung des Textes ist dagegen Kornfeld, a. a. O.

Digitized by Google

Bezirksgerichte aufgelaufen wären, denn nur sie seien zur Rechtsverfolgung nothwendig. Aber dieser Vorschlag verläßt den Boden des gegebenen Gesetzes. Schreibt dieses unter gewissen Voraussetzungen dem Gerichtshofe sachliche Zuständigkeit zu, so sind auch die vor ihm erforderlichen Schritte zur Rechtsverfolgung nothwendig, und müssen die in einem Gerichtshofsprocesse erwachsenden Kosten voll auf den Sachfälligen überwälzt werden.[53]) Zudem verlangt die praktische Durchführung des Vorschlages eine Werthserhebung, die vollkommen jener des §. 60 gleicht, gestattet so die Beweisaufnahme zu einem vom Gesetze nicht gebilligten Zwecke und setzt sich über den Ausgangssatz hinweg, daß der §. 60 nur dem §. 56 Abs. 2 correspondirt. Die Kostenvertheilung ist eben nicht das Allheilmittel gegen Gesetzeslücken, als das sich auszubilden sie vielfach bei uns sich anschickt.

In den Vorbildern der hier vorschwebenden Bestimmungen der neuen Gesetze war dem Erbieten nur die Rolle eines proceß*einleitenden* Factors überlassen.[54]) Die darauf fußende Umbildung des materiellen Rechtes ging stets Hand in Hand mit einer am Proceßbeginne sich äußernden Einwirkung des klägerischen Verhaltens auf das Verfahren. Anders das jetzige Recht. §. 410 C. P. O. erwähnt auch das Erbieten „während der Verhandlung", ohne daß in den Motiven auch nur eine Andeutung über den Zweck einer solchen nicht schon in die Klage aufgenommenen

---

[53]) Mit demselben Rechte könnte jene Anregung noch weitere Kreise ziehen. Der Gerichtshof z. B. könnte dann den armen Kläger, der nach §. 66 C. P. O. um Bestellung eines Armenadvocaten ansucht, abweisen, weil die Sache ganz gut beim Bezirksgerichte verhandelt werden könne, also nicht das *Gesetz* Anwaltszwang vorschreibe (§. 64 Z. 3 C. P. O.). — Ein markantes Beispiel der heute bisweilen beliebten Ueberspannung richterlicher Socialpolitik kann man bei *Prenner*, Gerichtszeitung 1901, Nr. 29 nachlesen: dem Gläubiger, der die Execution für eine geringfügige Forderung nicht auf das gerichtsbekannt pfandfreie und ausreichende Mobilarvermögen des Verpflichteten richtet, seien statt der Gebühren für die Zwangsversteigerung nur die Kosten eines Fahrnissenfeilbietungsgesuches zuzusprechen!

[54]) Doch scheint die Entscheidung vom 11. December 1890, Gl.-U. 13512, vielleicht vom Standpunkte der hier abgelehnten Theorien auch eine im Processe eingeführte Erklärung nicht für civilrechtlich zwecklos zu halten: „Für das Verfahren, welches einzuleiten ist, kann nur das in dem Klagebegehren und dem Klagsinhalte erklärte Anerbieten, nicht ein später im Processe erfolgendes Anerbieten maßgebend sein."

Digitized by Google

Erklärung platzgefunden hätte. Mit ihr kann nicht nachträgliche Beeinflussung des Proceßverhältnisses angestrebt werden,[55]) seine Voraussetzungen richten sich regelmäßig nach der Sachlage zur Zeit der Klagsanbringung (vgl. §. 56 Abs. 1 J. N. „in der Klage"; ferner §. 448 C. P. O.). Einem solchen incidenten Erbieten fehlt somit die proceßgestaltende Kraft,[56]) doch kann es durch Erleichterung der Anspruchsbefriedigung einen Vergleich ersetzen und so den Rechtsstreit einem raschen Ende zuführen, zur Verhütung der Execution oder eines besonderen Interesseprocesses beitragen u. dgl. Zugleich drängt sich dadurch der Schluß auf, daß schon der Klage ein Erbieten eingefügt werden kann, dem in processualer Hinsicht nichts mehr zu thun übrigbleibt, weil die Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes bereits auf anderen Gründen beruht.

---

[55]) Vorangegangen ist z. B. einfache Bewerthung. Sie wird, um der Proceßabtretung nach §. 60 J. N. auszuweichen, oder um Einleitung des regelmäßigen Verfahrens (§. 448 C. P. O.) zu vermeiden (vgl. oben Note 47), in der Verhandlung durch das Erbieten ersetzt. Solches Beginnen wäre processual gleichgiltig.

[56]) Es wäre denn, daß es die sachliche Zuständigkeit für den Incidentfeststellungsantrag begründet (§. 236 Abs. 2 C. P. O.). Die citirten Worte des §. 410 jedoch lediglich auf die Fälle der Anspruchserhebung im Laufe des Processes (§. 232 Abs. 2 C. P. O.) zu beziehen, besteht keine Veranlassung.

Digitized by Google

III.

Die rechtliche Natur des Erbietens.

Durch die Klarstellung der Wirkungen des Anerbietens sind wir gerüstet, die rechtliche Natur dieser Erklärung zu umschreiben. Unabhängig von der früher herangezogenen Literatur hat neuestens Klein[57]) die Offertentheorie zur Grundlage genommen. Die Ablösung sei ein rein vertragsmäßiges Element, auf das dem Richter kein Einfluß zustehe. Das Urtheil habe nach §. 410 zu enthalten „die Mittheilung einer Offerte des Klägers, auf die sich die richterliche Prüfung nicht erstreckt". Werde §. 410 vom Richter nicht beachtet, so liege „blos eine redactionelle Lücke vor". Auch bei Ehrenzweig[58]) schimmert deutlich ein verwandter Gesichtspunkt durch. Unsere Erklärung wird in die Gruppe jener Erscheinungen eingereiht, welche die Thatsache aufzeigen, „daß die Klage wie überhaupt die meisten Schriftsätze und Proceßreden zu Trägern mannigfaltiger, materiellrechtlich bedeutsamer Erklärungen werden können, die in dem Processe nur ihre gleichgiltige Veranlassung, nicht die maßgebende Quelle der Rechtswirksamkeit finden. Wenn die Klage z. B., indem sie nur auf einen Theil der Forderung sich richtet, zugleich einen ausdrücklichen Verzicht auf den Mehranspruch enthält, wenn sie Gegenansprüche anerkennt und entsprechend berücksichtigt, wenn sie dem Beklagten das Anerbieten übermittelt, an Stelle der an-

---

[57]) A. a. O., S. 223. Tilsch, a. a. O. scheint zuzustimmen, doch in der 1. Auflage, S. 83 und Právník 1899, S. 6 führt er die fac. altern. auf die einseitige Erklärung des Klägers zurück.

[58]) Grünhut's Zeitschr. 25., S. 287, 288.

Digitized by Google

gesprochenen Sache eine bestimmte Geldsumme zu übernehmen (§. 56 Jur. Norm), so sind diese Erklärungen wirksam und wir denken gar nicht daran, was sie wirken als Folge des Proceßbeginnes hinzustellen". Danach ist für Ehrenzweig das Anerbieten jedenfalls materiellrechtliches Element und zwar wohl Offerte. Allerdings würden die anderen Beispiele die Deutung gestatten, daß dieser Schriftsteller der Annahme einer einseitigen civilistischen, den materiellrechtlichen Inhalt der Obligation ändernden Erklärung des Klägers den Vorzug gebe. Doch es handelt sich um die Begründung einer facultas alternativa in einer Obligation mit einfach bestimmtem Leistungsgegenstande; in einer solchen Einräumung auf materiellrechtlichem Gebiete liegt das Einverständnis mit einer Leistung an Zahlungsstatt[59]) und dazu gehört ein zweiseitiges Geschäft, eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner.[60])

Die Auseinandersetzung mit diesen Meinungen ist von höchster Wichtigkeit, weil davon die Entscheidung abhängt, ob das Erbieten nach Voraussetzungen und Wirkungen civilistischen oder processualen Regeln untersteht. Keinesfalls ist das Urtheil Transportmittel für ein Anbot des Klägers, ist doch dieses regelmäßig schon in der Klage enthalten und mit ihr dem anderen Theile zugekommen. Was vermöchte auch eine so außerordentliche Lebensdauer einer Offerte verständlich zu machen, die nicht nur während des Processes, sondern auch noch über seine Erledigung hinaus im Vollstreckungsstadium der Annahme des Gegners gewärtig bleiben soll? Der erkennende Richter wird somit nach §. 410 nicht zum Boten des Klägers, dessen Erklärung kann den Rechtsstreit nicht als Offerte verlassen, denn mit seinem Ende hat sich definitiv die bisherige einheitliche Obligation in eine solche mit Wahlermächtigung des Verpflichteten verwandelt.

Die Sonde ist also bei der Erklärung des Klägers als solcher anzulegen, und es ist zu fragen, ob sie privatrechtliche Handlung ist, sich als Offerte darstellt. Man arbeitet mit einer

---

[59]) Vgl. Unger, Grünhut's Zeitschr. 15., S. 541 N. 5; Hasenöhrl, Das österr. Obligationenrecht, 2. Aufl., II. S. 514; Ehrenzweig bei Krainz, System des österr. allg. Privatrechtes, 3. Aufl., II. S. 157 N. 9.

[60]) Auch wenn dem nicht so wäre, würde diese zweite Alternative an dem unten gezogenen Ergebnis scheitern, daß erst das Urtheil die Rechtsänderung mit sich bringt.

Digitized by Google

Fehlerquelle, wenn man den in der Praxis nicht seltenen Fall einer zustimmenden Antwort des Beklagten in die Rechnung einbezieht. Es gewinnt dann wirklich den Anschein, als sei die Clausel des §. 410 das Ergebnis der beiderseitigen privatrechtlichen Einigung. Aber schon hier muß Bedenken erregen, daß unter diesem Gesichtswinkel §. 410 ganz überflüssig wäre, denn daß die im Zuge der Verhandlung eingetretenen Aenderungen des materiellen Rechtsverhältnisses im Urtheil zum Vorschein kommen müssen, ist nach §. 406 C. P. O. ohnehin klar. Will die Offertentheorie ernst genommen werden, so muß sie auch, falls Beklagter schweigt oder ausdrücklich ablehnt, die Probe bestehen. Doch §. 410 gebietet ganz apodictisch die Aufnahme des Zusatzes ohne Rücksicht auf das Verhalten des Beklagten, die Clausel des §. 410 ist ein bloßes Echo der zulässigen Erklärung des Klägers. Selbst die Ablehnung des Anerbietens vermag dem Beklagten nach dem ganz ausnahmslos lautenden §. 410 die Abfindungsermächtigung nicht zu nehmen. Daß sie ohne Zuthun des Beklagten platzgreift, wird durch das Mahnverfahren ins helle Licht gerückt, wo ja jede Möglichkeit der Acceptation ausgeschaltet ist. Eine Erklärung aber, die sich selbst ohne Zustimmung des Adressaten zum Durchbruch verhilft, verleugnet den Charakter einer Offerte. Etwaige Fictionen der Annahme, mit denen man das Auskommen zu finden versuchen wollte, müßten versagen, wenn die fingirte Annahme keine acceptable Offerte mehr anträfe, weil sie vom Kläger bereits widerrufen wurde. An seiner Berechtigung hiezu ließe sich nicht zweifeln, weil kein Gesetz gerade hier eine Offertenbeharrungspflicht aufbürdet.[61]) Dann hätte aber der Kläger einen Freibrief,

---

[61]) Man vergleiche dagegen den Cirkel in den Ausführungen des O. L. G. Brünn, Právník 21., S. 18 (II. Instanz des Falles Gl.-U. 8463): „Dieses Anerbieten des Klägers kann nie zurückgenommen werden, weil sonst einem nach dem Summargesetze durchgeführten Verfahren und dem auf Grund desselben gefällten Urtheile später die rechtliche Grundlage entzogen werden könnte . . . . ist zu bedenken, daß §. 862 a. b. G. B. hier durchaus nicht angewendet werden kann, weil die Beantwortung der Klage und der darin enthaltenen Erklärung des Klägers nach der G. O. erst in der zur Beantwortung angeordneten Tagsatzung geschehen kann, und es muß daher die hiebei erfolgte Erklärung des Beklagten unbedingt für rechtzeitig erachtet werden. Es muß weiter erwogen werden, daß das Anerbieten bestimmt und verständlich ist und mit Rücksicht auf die Aufnahme in die bei Gericht überreichte Klage für ernstlich gehalten werden

Digitized by Google

sich Zuständigkeit und Verfahren nach Gutdünken zu modeln, ohne dafür irgend einen Preis zahlen zu müssen. Der Einreichung der Klage bei Gericht müßte nur raschest die Verständigung des Beklagten von der Zurückziehung des Erbietens folgen, so daß ihm dieses bereits als widerrufene Offerte mit der Klage zugestellt würde; trotzdem erhielte sich die Sache nach §. 29 J. N. und §. 448 C. P. O. auf den schon eingeschlagenen processualen Pfaden.[62])

Diese unausweichlichen Widersprüche sind bezeichnend genug. Sie erweisen, daß eine Rechtshandlung zwar zwei Herren dienen, aber nicht beider Livréen zugleich tragen kann. Derselbe Act, der Quelle processualer Zustände ist, vermag auch jenseits des Processes civilistische Früchte hervorzubringen,[63]) kann aber nicht gleichzeitig von Maximen beider Rechtsgebiete beherrscht werden. Ein Theil des Proceßgründungsgeschäftes kann unmöglich beanspruchen, nach civilistischen Merkmalen beurtheilt zu werden, der Proceß würde sonst den Ast, der ihm zur Grundlage dient, selbst absägen. Ganz anders verhält es sich mit den in die Klage aufgenommenen Erklärungen, für die nicht der Proceß nothwendige Lebensbedingung ist; in dieser Hinsicht wird die Klage zum einfachen „Briefe",[64]) dessen Schicksale nicht durch die Proceßentwicklung vorgezeichnet sind. Eine solche Parallele ist auch hier denkbar. Der Kläger kann in die Klageschrift eine wahre Offerte auf vertragsmäßige Alternativermächtigung des Schuldners aufnehmen, sie vielleicht sogar in die im §. 56 J. N. gebrauchten Worte kleiden.[65]) Norm für sie ist dann das bürgerliche Gesetzbuch, genau so wie für das außerhalb des Processes gemachte Angebot. Erfolgt dann rechtzeitig die Annahme, so bedarf es im Processe der Berufung

---

muß (§. 869 a. b. G. B.), und daß der Vertrag durch Annahme des Anerbietens für beide Theile giltig wurde."

62) Weiters: Nach §. 918 a. b. G. B. müßte die noch nicht angenommene Offerte mit dem Tode des Klägers erlöschen, nach §. 155 C. P. O. soll sich aber dadurch am Inhalte des Proceßverhältnisses nichts ändern. Sehr leicht könnte es auch, um §. 60 J. N. zu umgehen oder um die Sache mittelbar zur Bagatellsache zu machen, zum Scheinerbieten kommen auf Grund der vorgängigen Vereinbarung, daß die sog. Offerte nur auf dem Papiere stehen solle.

63) Vgl. auch Kohler, Zeitschr. f. deutschen Civilproceß 29., S. 1 fg.

64) Ehrenzweig, a. a. O., S. 288; Tilsch, S. 230, 304.

65) Nur müßte aus irgend einem Zusatz hervorgehen, daß nicht das Erbieten im Sinne des §. 56 beabsichtigt wird.

Digitized by Google

auf den zustande gekommenen Vertrag, um gemäß §. 406 C. P. O. das Urtheil auf die Alternativclausel abzustellen. Diese Offerte bleibt aber außer Betracht bei der Prüfung der Proceßvoraussetzungen, weil unter sie unfertige und ungewisse Thatbestände nicht passen. Das processual fruchtbare Erbieten muß also die Eigenschaft einer Offerte abstreifen, der Kläger muß für den betreffenden Proceß das Heft aus der Hand geben, seine Erklärung muß von dem Verhalten des Gegners unabhängig werden. Kurz das Erbieten muß Proceßhandlung sein und als solche sich nach Proceßgesetz richten.

Diesen Standpunkt hat denn auch unser Recht in einem Falle deutlich eingenommen. Das Gesetz über die Gewerbegerichte vom Jahre 1869 theilt das Verfahren in zwei Abschnitte: den „Vergleichsversuch" vor der Vergleichscommission und — mangels Vergleichserzielung — die „Verhandlung und Entscheidung der Streitsache" vor dem Spruchcollegium (§§. 30, 44). Der Vergleich im Processe um einen Naturalanspruch kann die Vereinbarung einer Alternativermächtigung des Beklagten zur Geldzahlung enthalten, woraus §. 79 eine Gebührenermäßigung ableitet. Kommt es zum Urtheile, so tritt dessen Unanfechtbarkeit ein „in Streitigkeiten über . . . bewegliche Sachen, wenn der Kläger statt derselben einen 50 fl. nicht übersteigenden Geldbetrag anzunehmen in der Verhandlung erklärt hat" (§. 68 Abs. 2). Ein Erbieten in der Klage ist also processual wirkungslos, es kann zu einer — auch im Vergleichsfalle möglichen — Vereinbarung einer facultas alternativa und damit indirect wegen der dadurch bewirkten Aenderung des materiellen Rechtes zum Ausschluß von Rechtsmitteln nach §. 68 Abs. 1[66]) führen, specifisch processuale Folgen fließen nur aus der in der Verhandlung vorgebrachten Erklärung. Darin ist klar documentirt, daß das Erbieten in unserem Sinne im Proceßrechte wurzelt.

Für das heutige Recht rüttelt an diesem Ergebnisse nicht der Hinweis auf den Fall des im §. 410 vorgesehenen zwischenprocessualen Erbietens. Zugegeben sei, daß hier die privatrechtliche Construction das Proceßgebäude nicht ins Wanken brächte. Dem Gesetze hat jedoch dabei eine verschiedenartige Behandlung nicht beliebt, es bezeichnet im §. 410 auch dieses Erbieten als nicht

[66]) Urtheile in Streitsachen über Geldsummen bis 50 fl.

Digitized by Google

annahmebedürftige Erklärung, sie ist nicht für das Verfahren richtunggebender Act, aber doch Proceßhandlung.

Praktische Consequenzen aus der durch das Vorstehende erzielten Erkenntnis werden uns noch im Laufe der Darstellung begegnen. An dieser Stelle sei die Aufmerksamkeit nur auf ein Moment gelenkt. Die neuere Doctrin hat dargethan, daß die processualischen Parteihandlungen als solche ohne Rücksicht auf etwaige Willensmängel wirken, also die Anwendung der privatrechtlichen Bestimmungen über Irrthum u. s. f. nicht vertragen.[67]) Dieser Satz beansprucht auch für unser Thema Geltung. An der Bedeutung der Erklärung wird also der Kläger nichts ändern können durch Berufung auf ein dabei unterlaufenes, dem Beklagten erkennbares Schreibversehen[68]) oder auf eine vom Gegner, der sich etwa im Besitze der Sache befindet, ausgegangene Irreführung über ihren Werth u. dgl. Wer in einen Rechtsstreit eintritt, muß sich eben vorhalten, daß er gelegentlich jeder Aeußerung beim Worte genommen werden kann.

Das Erbieten ist daher Proceßhandlung mit der civilistischen Wirkung einer materiellen Aenderung des Klagsanspruchs. Ist es nun bloße Grundlage dieser Umwandlung oder selbständiger umwandelnder Factor? Mit anderen Worten: was ist rechtsgestaltend, die Erklärung selbst oder das sie reproducirende Urtheil? Das ist deswegen wichtig, weil ersterenfalls der Kläger unter allen Umständen die Rechtsänderung zu tragen hätte, selbst wenn es wegen Ungiltigkeit des Proceßrechtsverhältnisses oder infolge Klagszurücknahme zu einem Urtheile nicht käme oder dieses nachträglich vernichtet würde.[69]) Den Zweifel verursacht die Zulässigkeit

---

[67]) R. Pollak, Gerichtliches Geständnis (Berlin 1893), S. 33 fg., und Gerichtszeitung 1898, Nr. 44; Paul, Der Vergleich im Civilproceß (Leipzig 1898), S. 6 fg; Stein in Birkmeyer's Encyklopädie der Rechtswissenschaft, S. 1218. Dagegen mit Unrecht Kohler, Gesammelte Beiträge zum Civilproceß (Berlin 1894), S. 256 fg., und Zeitschrift f. d. Civilpr. 29., S. 39 N. 40.

[68]) In dem Falle der Entsch. v. 3. August 1881, Jurist. Bl. 1882, Nr. 45, hatte Kläger sich mit einer Abfindung von 150 fl. einverstanden erklärt. Nachher gab er vor, daß dies ein Schreibfehler statt 500 fl. gewesen sei. Dazu bemerkte der O. G. H.: „Es geht nicht an, einen Irrthum vorzuschützen, da angenommen werden muß, daß der Kläger den Inhalt der Klage wohl überlegt hat, und es ihm freigestanden wäre, einen höheren Betrag anzusetzen."

[69]) Das ist vielleicht die Meinung Wachtel's, S. 373, da dieser Schriftsteller schon in der Erklärung einen theilweisen Verzicht sieht.

Digitized by Google

der Abfindungshingabe vor der Urtheilsschöpfung; aber dies ist bloßes Correlat des den §. 35 E. O. beherrschenden Gedankens. Ueberwiegende Gründe entscheiden für das Urtheil. Die Erklärung verfolgt Zwecke dieses Processes; kommt der Kläger hier aus processualen Gründen nicht zum Ziele, oder wird der Sieg ihm wieder entwunden, so hat jede Veranlassung der Privatrechtsänderung aufgehört. Soll etwa der Gläubiger im Falle des Widerspruches gegen den bedingten Zahlungsbefehl ein geändertes Recht in Händen haben, trotzdem er jetzt auf den ordentlichen Proceß angewiesen ist? Da endlich alle Proceßhandlungen nur der selbständigen Bedeutung entbehrende Etappen auf dem zum überragenden Ziele führenden Wege sind, so dürfte es das Richtige sein, den Ursprung der Rechtsänderung im Urtheile zu suchen, dessen Wirkungen jedoch aus Zweckmäßigkeitsgründen schon während des Verfahrens vorweggenommen werden.[70])

[70]) Das empfiehlt sich besser als die Annahme, welche die Wirkung bereits in die Erklärung verlegt, vorbehaltlich der Giltigkeit des Proceßverhältnisses. Der Text trägt dem Rechnung, daß das Gesetz den §. 410 nicht als bloßes Beispiel für das Princip des §. 406 auffaßt, und harmonirt noch mehr mit den Fällen des nachträglichen Außerkrafttretens des richterlichen Ausspruches, insbesondere nach §. 16 Mahn-Ges. (Ablauf der unbenutzten 6monatigen Frist). Die Rechtsänderung steht und fällt mit ihrer Ursache, dem richterlichen Decrete.

Digitized by Google

IV.

Die objective Zulässigkeit des Erbietens.

Die grundsätzliche Frage nach der objectiven Zulässigkeit des Abfindungseinverständnisses ist der Praxis[71]) zum großen Theile fremd. Diese gestattet dem Kläger vielfach, in jedwede Klage, ohne Rücksicht auf die Eigenart des Streitgegenstandes, das Anerbieten aufzunehmen. Seine Statthaftigkeit und Wirksamkeit wurde insbesonders anerkannt: beim Begehren um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Beweismittel (§. 372 a. G. O.),[72]) bei Besitzstörungsklagen,[73]) bei Klagen auf Rechtfertigung eines gerichtlichen Erlags,[74]) auf „Anerkennung" des Eigenthums,[75]) eines Wohnungsrechts[76]) oder eines obligatorischen Rechtsverhältnisses,[77]) bei

---

[71]) Gegen sie wendet sich, ohne eine eigene Theorie zu geben, Canstein, I., S. 102 N. 33 a; vgl. aber II., S. 279 N. 1, S. 456 N. 1 a.

[72]) E. 10. October 1860, Právník 3., S. 203.

[73]) E. des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Juni 1885, Budwiński Nr. 2627.

[74]) E. 24. September 1895, Gl.-U. 15573.

[75]) E. des O. L. G. Zara vom 7. März 1879, Gerichtszeitung 1879, Nr. 45, und vom 18. Mai 1893, Gerichtszeitung 1893, Nr. 36; E. des O. G. H. vom 26. April 1893, Gl.-U. 14684.

[76]) E. 3. August 1881, Gl.-U. 8463. In diesem Falle wurde, wie sich aus Juristische Blätter 1882, Nr. 45 ergibt, mit dem Begehren um Anerkennung das Verlangen der Einwilligung des Beklagten zur grundbücherlichen Einverleibung der Servitut verbunden.

[77]) Vgl. die Begründung der E. 11. September 1885, Gl.-U. 10690. In dem Rechtsfalle der E. 23. Januar 1902, Právník 1902, S. 165 stellt

Digitized by Google

Paternitätsklagen,[78]) Oppositionsklagen[79]) und endlich Exscindirungsklagen.[80])

Nur bezüglich einer Gruppe von Streitgegenständen, der Statussachen, mußte man sich seit jeher darüber klar sein, daß sie einer Abfindung unzugänglich seien.[81]) Zur Erklärung dieser Erscheinung berief man sich auf die Unschätzbarkeit derartiger Klagsansprüche, und man kam dann zu der allgemeinen Formel,

die das Anerbieten enthaltende Klage auf Anerkennung eines Kaufvertrags in Wahrheit eine Leistungsklage dar.

[78]) E. 9. August 1888, Gl.-U. 12183 und 18. März 1891, Gl.-U. 13664. In dem Falle der E. 23. März 1898, Gl.-U. N. F. 75 hätte der O. G. H. anscheinend dem Erbieten Wirksamkeit beigemessen, wenn die Klage nicht auf Leistung monatlicher Unterhaltsraten, sondern auf Feststellung der Alimentationsverbindlichkeit des Ehegatten gerichtet gewesen wäre.

[79]) E. des O. L. G. Prag, 28. December 1876, Právník 16., S. 29 und des O. G. H., 16. November 1892, Gl.-U. 14456. Für die Statthaftigkeit auch Otto Neumann, Gerichtshalle 1895, Nr. 42. Dagegen E. 25. September 1889, Gl.-U. 12914.

[80]) E. 19. Juli 1881, Gerichtshalle 1881, Nr. 85 und 3. October 1888, Gerichtshalle 1889, Nr. 13, E. des O. L. G. Wien, 16. December 1895, Juristische Blätter 1896, Nr. 2. Ebenso Girtler-Kleeborn, Gerichtshalle 1883, Nr. 85; Schrutka, Die Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren, dogmatischer Theil (Berlin 1893), S. 153; Anonymus, Juristische Blätter 1894, Nr. 26, 27. Die Gegnerschaft Kind's, Mittheilungen des deutschen Juristenvereines in Prag 1883, S. 121 fg. (= Zeitschrift für Notariat 1883, Nr. 16) betrifft nicht die principielle Seite der Frage. Kind verwehrt dem Exscindirungskläger in der Regel nicht die Ablösungsermächtigung, schließt aber ihre Wirksamkeit aus, wenn die Execution auf Grund eines bagatellgerichtlichen Urtheils eingeleitet wurde, und die sodann gemäß §. 72 Abs. 2 der alten J. N. beim Bagatellgerichte eingebrachte Entpfändungsklage die Ablösung mit einem 50 fl. übersteigenden Betrage freistellen will; denn da die Zuständigkeit des Bagatellgerichtes für die danach im Bagatellverfahren zu verhandelnde Sache feststehe, so könne sich an jenes Erbieten keine processuale Folge knüpfen, es sei daher unstatthaft.

[81]) Auch hinsichtlich der Aufforderungsklagen wurde ihre Unzulässigkeit verfochten, weil für jene in der G. O. ein besonderes Verfahren vorgeschrieben sei; vgl. E. des O. L. G. Prag, 20. Februar 1889, Právník 27., S. 362 und die E. des Verwaltungsgerichtshofes, 20. September 1887, Budwiński 3653. Dagegen scheint das weiter unten im Texte vorgetragene Princip unklar gefühlt zu sein von der E. 18. Februar 1891, Právník 27., S. 648: der §. 1 Bag. Verf. setze voraus, „daß sich an Stelle des Klagsgegenstandes ein Geldbetrag zuerkennen läßt, was bei einer Aufforderungsklage, die Auferlegung des ewigen Stillschweigens fordert, nicht der Fall ist".

Digitized by Google

daß das Abfindungseinverständnis des Klägers nur bei Schätzbarkeit des Streitgegenstandes Sinn und Zweck haben könne.[82]) Es mag dahingestellt bleiben, ob man nicht mit diesem Gedanken unbewußt die Distinction des Gebührengesetzes zwischen schätzbaren und unschätzbaren Klagssachen herübernahm. Doch für sie ist in unserer Frage kein Platz. Es kommt nicht darauf an, ob der Klagsgegenstand einen Tauschwerth im Sinne des §. 303 a. b. G. B. besitzt, ob er sich zu anderen Gegenständen in Werthbeziehung setzen läßt. Der Kläger eröffnet dem anderen Theile die Wahl, ob er es nicht vorziehen wolle, eine Geldsumme zu zahlen, um sich so, sei es gleich, sei es nach dem Urtheile, der Geltendmachung des klägerischen Rechts zu entziehen, m. a. W. ob er es nicht in seinem Interesse gelegen finde, lieber den Klagsgegenstand abzulösen. Daraus ergibt sich zunächst, daß dessen Schätzbarkeit nicht erforderlich ist, denn der Geklagte kann ein wohlbegründetes Interesse daran haben, der Verfolgung auch eines nicht geldwerthen Rechtes zu entgehen. Beweis dessen sind die im Leben oft vorkommenden, nach Umständen erlaubten Schweigegelder u. dgl. für nicht in Geld veranschlagbare Unterlassungen, ferner Käufe wegen Affectionswerthes u. s. f.

---

82) So: die I. Instanz in dem Rechtsfalle Právník 3., S. 203; die beiden Unterinstanzen in Gl.-U. 8195: Klage auf Ausstellung einer Urkunde darüber, daß Kläger aus der Geschäftsverbindung mit dem Beklagten nichts mehr schulde; das summarische Verfahren wurde trotz der Erklärung, 500 fl. an Stelle des Klagsgegenstandes annehmen zu wollen, verweigert, weil sich die Urkunde nicht bewerthen lasse. Vgl. ferner die E. des O. L. G. in Gl.-U. 12183 (Unschätzbarkeit bei Paternitätsklagen), weiters die E. 30. October 1883, Gl.-U. 9623 (Klage auf Ungiltigerklärung eines Testamentes), endlich die E. des O. L. G. Brünn, 31. Januar 1893, Juristische Blätter 1893, Nr. 23. Derselben Meinung schon Stubenrauch, Die J. N. vom 18. Juni 1850 (Wien 1851), S. 44 (das Erbieten sei ausgeschlossen „bei den sog. Präjudicialklagen auf An- oder Aberkennung eines behaupteten Zustandes z. B. bei Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft, Ungiltigerklärung oder Trennung einer Ehe, dann bei Klagen auf Herausgabe einer Urkunde, Legung einer Rechnung u. s. w."), ferner bezüglich der Abfindung nach dem Bagatellgesetze Bystřin, Právník 23., S. 135, 136 (gegen ihn Pražák, daselbst) und Anonymus, Juristische Blätter 1894, Nr. 26. Vgl. auch die Replik des Abg. Dr. Mandelblüh gegen die Bemerkungen des Justizministers Dr. Herbst in der Sitzung des Abg.-Hauses vom 17. März 1870 (Protokolle des Abg.-H., V. Sess., S. 684 bis 686).

Digitized by Google

Mit diesem Satze haben wir auch schon die Grundlage für die angemessene Grenzziehung gewonnen. Das praktisch wichtigste Beispiel der Exscindirungsklage vermittelt die klarste Erkenntnis. Als communis opinio bedarf dabei keines Beweises der Ausgangspunkt, daß jene nicht Eigenthumsklage, sondern einzig und allein Klage auf Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung ist; in der bestrittenen Frage, ob sie der Gruppe der Feststellungs- oder jener der Rechtsgestaltungsklagen einzureihen ist, wird hier der letzteren Annahme beigetreten.[83]) Nothwendiges Correlat der Zulässigkeit des Erbietens war nun nach früherem Recht und ist heute nach Ausweis des §. 410 C. P. O. Verträglichkeit des Urtheils mit der Abfindungsclausel, d. h. Abfindungsmöglichkeit auch nach Urtheilsfällung. Wo sie an der Natur des Streitgegenstandes scheitert, fehlt es auch dem Erbieten an geeignetem Boden. Gesetzt nun, der im Exscindirungsstreite sachfällig gewordene betreibende Gläubiger macht noch vor Rechtskraft des Urtheils von der ihm darin — wie dies nach der herrschenden Meinung denkbar sein soll — vorbehaltenen Abfindungsermächtigung Gebrauch. Kann die Zahlung der Ablösungssumme irgendwie die Rechtslage beeinflussen? Sie hindert sicherlich nicht den Eintritt der Rechtskraft des Urtheils, die die Einstellung des Vollstreckungsverfahrens, also das mit der Klage angestrebte Ziel, herbeiführen muß (§. 37 Abs. 4 E. O.). Jene gewährleistet aber dem siegreichen Kläger zugleich den Schutz gegen jeden neuerlichen Vollstreckungsangriff desselben betreibenden Gläubigers auf den betreffenden Gegenstand, es wäre denn, daß die maßgebende Frage nach der Zugehörigkeit des Objectes zum Vermögen des Verpflichteten infolge gewisser, dem ersten Processe nachgefolgter Thatsachen gegenwärtig eine andere Antwort erforderte. Eine solche Wirkung könnte aber nicht Folge einer nach dem ersten Urtheile vorgenommenen Abfindungszahlung sein, denn die Ablösung erfaßt nur den Klagsgegenstand, mit welchem das zur Darthuung der Executionsunzulässigkeit ins Treffen geführte

[83]) Es wird sich noch zeigen, daß auch durch die entgegengesetzte Auffassung das Schlußergebnis nicht verschoben wird. Wer übrigens jener Deutung der Widerspruchsklage nicht beizupflichten vermag, braucht nur die Textausführungen etwa an dem Beispiel der Oppositionsklage nach §. 36 E. O. zu prüfen, die als Rechtsgestaltungsklage angesprochen werden darf. Vgl. Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen (Wien 1901), S. 226, 227.

Digitized by Google

Recht des Klägers durchaus nicht verwechselt werden darf. Bestätigt wird dies durch die zweifellose Erscheinung, daß auch die während der Verhandlung geschehene Zahlung der Abfindungssumme das der Klage stattgebende Urtheil nicht abzuwenden vermöchte, wenn nur der Proceßverlauf die Voraussetzungen des §. 37 C. O. ins Klare gestellt hat. Was ist aber der Grund, daß im Gegensatze hiezu der Beweis der Entrichtung des Ablösungsbetrages während der Dauer z. B. eines Lieferungsprocesses zur Sachabweisung gemäß §. 406 C. P. O. führt, und daß hiebei die Ablösung nach erfolgter Verurtheilung zum Schutze gegen die weiteren Urtheilsfolgen gereicht? Die Erklärung liegt darin, daß hier ein Recht verfolgt wird, dessen Erfüllung dem Geklagten möglich ist und gegen ihn durchgesetzt werden soll; da wird es verständlich, daß der Klagsgegenstand durch ein anderes vom Geklagten dahingegebenes Aequivalent vertreten werden kann. Dort dagegen zielt die Klage gar nicht auf ein Verhalten des Geklagten ab, sie richtet sich ausschließlich auf eine richterliche Handlung, sie fordert vom Richter, daß er Rechtswirkungen ausspreche, die vor dem Processe nicht gegeben waren. Nur der Richter kann darum das geltend gemachte Recht befriedigen. Der Geklagte kann blos durch Antrag auf Executionseinstellung das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers beseitigen, er kann aber nicht dessen aus der fortdauernden Sachlage abgeleitetes Recht unmittelbar oder durch Abfindung mittelbar tilgen.

Danach dürfen wir es als gesichert erachten, daß Rechtsgestaltungsprocesse überhaupt dem Abfindungserbieten keinen Zutritt gestatten. Das ist der wahre Grund der Unverträglichkeit von Statusstreitigkeiten[84]) oder Besitzstörungsprocessen[85]) mit dem Abfindungsgedanken. Jener hätte früher von der Praxis bei Ablehnung des Erbietens in Aufforderungsstreitigkeiten angeführt werden[86]) und hätte sie zu dieser bei Wiedereinsetzungsprocessen veranlassen sollen.

---

[84]) Soweit sie mit Feststellungsurtheilen schließen, kommen spätere Ausführungen in Betracht.

[85]) Der Beweis für deren Zugehörigkeit zu der hier behandelten Klagenkategorie würde zu weit führen.

[86]) Vgl. jedoch oben Note 81. Auf einem irrigen Argument beruht der Ausschluß des Erbietens in dieser Richtung bei Nippel, a. a. O., S. 10.

Digitized by Google

Vom Standpunkt des heutigen Rechts muß noch vor einem Gedankengang gewarnt werden, den sich der Oberste Gerichtshof jüngst zu eigen gemacht hat. In einer auf §. 36 E. O. beruhenden Klage hatte sich der Kläger in der von der Praxis öfters bethätigten Absicht, nach §§. 448 fg. C. P. O. die Erledigung der Sache zu beschleunigen, zur Annahme einer Abfindungssumme von 100 K bereit erklärt. Es wurde erkannt,[87]) daß keine Bagatellsache vorliege, weil das Erbieten bedeutungslos sei. „Denn §. 448 C. P. O. muß im Zusammenhang mit §. 56 J. N. ausgelegt werden. Die Zuständigkeit für diese Klage ist aber schon in §. 36 E. O. geregelt und diese Zuständigkeit kann durch Angabe des Werthes des Streitgegenstandes weder begründet noch geändert werden." Zunächst kann aber das Erbieten zur Anwendung des §. 448 C. P. O. führen, ohne zugleich nach §. 56 J. N. zu wirken, wie z. B. im Processe um Herausgabe zurückgehaltener invecta et illata (§. 49 Z. 5 J. N.). Ferner konnte im angeführten Falle die Gefahr der Aenderung der gesetzlich geordneten Zuständigkeit infolge Zulassung des Erbietens nicht befürchtet werden, weil diesem nur die Macht verliehen ist, die sachliche Zuständigkeit zu normiren, in §. 36 E. O. jedoch eine functionelle Competenzsatzung enthalten ist. Dabei erinnern wir uns, daß nach jetzigem Recht auch ein Erbieten vorkommen kann, dem die Tendenz der Proceßbeeinflussung gar nicht innewohnt.[88]) Die Waffe des O. G. H. gegen die Wirksamkeit des Erbietens würde also, da dieses nur dem §. 410 C. P. O. und nicht dem §. 448 C. P. O. sowie §. 56 J. N. unterstünde, völlig stumpf, wenn in einer bei einem Gerichtshofe angebrachten Klage nach §. 36 E. O. die Ablösung mit einem Betrage von etwa 1500 K concedirt würde. Und endlich könnte das Höchstgericht nach jener Deduction nichts gegen ein Erbieten in jenen Rechtsgestaltungsprocessen einwenden, welche, wie beispielsweise die Klagen auf Aufhebung eines Vertrags,[89]) das Gesetz an kein be-

---

[87]) E. 26. November 1901, Právník 1902, S. 50. Diese Entscheidung wurde offenbar infolge eines Versehens eines anderen Einsenders abermals im Právník 1902, S. 651 veröffentlicht, ist hier aber vom 26. December 1901 datirt.

[88]) Vgl. oben am Schlusse des Abschnittes II.

[89]) So auch bei Klagen auf Aufhebung der Gemeinschaft. Die E. 28. Juni 1898, Gl.-U. N. F. 238 gestattet Abfindung des Aufhebungsanspruchs.

Digitized by Google

stimmtes Gericht bindet. Die Gründe der bekämpften Entscheidung mußten in die Irre gehen, weil sie sich nicht mit dem springenden Punkt, den Beziehungen des Erbietens zur Natur des Streitgegenstandes, auseinandersetzten.

Die processuale Surrogation des Rechtsinhalts kann dagegen sich bei allen Verurtheilungsklagen ereignen, mögen sie ein dare, facere, non facere oder pati vom Geklagten fordern,[90]) mag das Recht des Klägers von einer Gegenleistung abhängen oder nicht,[91]) mag ihm auch die Ablösung zum zweifellosen Nachtheil gereichen,[92]) sofern nur nicht eine Geldforderung in Streit ist,[93])

Die Ablösung müßte aber unter Verletzung des §. 832 in fine a. b. G. B. die Verbindlichkeit des Klägers zu immerwährender Gemeinschaft begründen!

[90]) Z. B. Klage auf Einhaltung eines Tauschvertrags (E. 19. October 1886, Juristische Blätter 1887, Nr. 1), auf Unterlassung der Ausübung des Weiderechts auf den Parcellen des Klägers (E. 11. December 1889, Gl.-U. 13051). Ferner: Klage auf Ausstellung einer Dispositivurkunde (E. 23. November 1880, Gl.-U. 8195), auf Bewirkung der bücherlichen Löschung einer Satzpost (E. 27. November 1883, Gl.-U. 9672. Gegenwärtig ist hier auf §§. 367, 350 in Verbindung mit §. 12 E. O. zu achten.) Weiters: die Klage eines Zeitungsherausgebers gegen einen Schriftsteller auf Uebergabe der von diesem wöchentlich zu liefernden Epigramme (Juristische Blätter 1895, Nr. 13).

[91]) Vgl. E. 11. December 1890, Gl.-U. 13512. Unverständlich sind die den §. 56 Abs. 3 J. N. betreffenden Notizen bei Neumann, S. 1182.

[92]) E. 23. Januar 1902, Právník 1902, S. 165.

[93]) Das ist natürlich auch eine auf eine fremdländische Währung lautende Forderung, deren Werth durch Umrechnung, nicht durch Ablösungsconsens festgestellt wird: E. 20. April 1876, Gl.-U. 6108. Bisweilen finden sich Irrthümer hinsichtlich der Natur des Anspruchsgegenstandes: In der E. 14. Mai 1894, Právník 34, S. 511 wurde Summarverfahren eingeleitet über die Klage, daß Beklagter anzuerkennen schuldig sei, einen Kaufvertrag betreffs Glaswaare um den Kaufpreis von 800 fl. geschlossen und sich verbunden zu haben, die Waare ehestens fortzuführen, daß er schuldig sei, diesen Vertrag einzuhalten, den Kaufpreis von 800 fl. zu zahlen und die Glaswaare entgegenzunehmen und fortzuführen. „Denn wenngleich die Klage auch 800 fl. Kaufpreis fordert, so geht doch die Klage auf Einhaltung des Kaufvertrages und Zahlung von 800 fl. und der Beklagte hat sich erboten, für den Klagsgegenstand überhaupt 500 fl. anzunehmen." Die Abfindung konnte hier natürlich nur den Anspruch auf Abnahme der Waare ergreifen. Die E. 11. September 1885, Gl.-U. 10690 läßt über eine Klage auf Zahlung des Kaufpreises von 550 fl. gegen Uebernahme der vom Beklagten gekauften Waare auf Grund der Erklärung, für den Streitgegenstand 100 fl. anzunehmen, summarisch verfahren. „Der Streitgegenstand ist das vom Kläger behauptete Geschäft, dessen Erfüllung mit seiner Klage geltend gemacht wird. Das angestrebte Erkenntnis

Digitized by Google

oder schon nach Civilrecht für den Gegner die Alternativermächtigung zur Geldzahlung besteht.[94])

Zu einer einengenden Auslegung, nämlich Beschränkung des Abfindungsgebiets auf Klagen um Ausfolgung körperlicher (beweglicher oder unbeweglicher) Gegenstände unter Ausschluß der Ansprüche auf andere Handlungen sowie Duldungen und Unterlassungen, besteht kein Anlaß.[95]) Die Natur der letzterwähnten Ansprüche bietet ihrer Einbeziehung kein Hindernis, und die sich ihr scheinbar entgegenstemmenden Wendungen des §. 56 J. N. und der §§. 410, 448 C. P. O. sind, wie sich bald zeigen wird, weil nur auf den praktisch häufigsten Fall abgestimmt, so ungenau, daß sich ihnen kein Gegenargument entnehmen

---

soll nicht allein entscheiden, ob der Beklagte schuldig sei, den 500 fl. übersteigenden Kaufpreis zu bezahlen, sondern in erster Linie, ob das behauptete Geschäft von den Parteien geschlossen wurde, und infolge dessen der Beklagte schuldig sei, das Kaufobject gegen Zahlung des Preises zu übernehmen." Diese Entscheidung billigt Canstein, I., S. 103 N. 36 a, S. 104 N. 37.

94) Daher ist keine Abfindung denkbar bei der Anfechtungsklage außerhalb des Concursverfahrens, arg. §. 38 Anf. Ges. Der Werth des Streitgegenstandes bemißt sich nach der Höhe der Forderung des Anfechtungsklägers; vgl. Krasnopolski, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger, S. 153 (vgl. jedoch S. 154 N. 1: aber die dort allegirte E. des O. G. H., Juristische Blätter 1886, Nr. 36 betrifft nicht unsere Frage, da es sich in jenem Falle um eine Geldzahlungsvereinbarung beider Parteien, also nicht um den im §. 2 S. V. vorausgesetzten Thatbestand handelte); vgl. weiters Canstein, I., S. 103 N. 36. Doch darf die Alternativermächtigung nach §. 38 Anf. Ges. nicht der hier erörterten processualen Ermächtigung gleichgestellt werden, wie dies die E. 19. December 1888, Gerichtszeitung 1889, Nr. 7 (Gl.-U. 12490), E. 12. November 1895, Juristische Blätter 1896, Nr. 17 und die E. des L. G. Graz, Juristische Blätter 1898, S. 316 thun. Dagegen kann die Anfechtungsklage des Masseverwalters die Abfindungsclausel aufnehmen; vgl. die cit. Autoren. Aus dem Referate der E. 11. November 1886, Geller's Centralblatt 1887 S. 675, woselbst Abfindung zugelassen wurde, ist die Person des Klägers nicht ersichtlich.

95) Für diese beschränkende Auslegung des §. 56 J. N. Demelius, Gerichtshalle 1897, S. 143. Vgl. ebenso schon für den §. 2 S. V. Kautschisch, a. a. O., S. 7 und E. des Bezirksgerichtes Wieden v. 14. März 1882, Juristische Blätter 1883, Nr. 7 (Unanwendbarkeit des §. 2 S. V. auf die Klage betreffend die Erfüllung der Verpflichtung, sich der Ausübung eines bestimmten Gewerbes zu enthalten). Dagegen Haimerl, a. a. O., S. 374 und betreffs summarischer Verhandlungen über Unterlassungsklagen E. 11. December 1889, Gl.-U. 13051.

Digitized by Google

läßt.[96]) Zudem wollte das neue Recht sicherlich nicht die Zahl der die processuale Ablösung duldenden Rechte herabsetzen. §. 5 S. V. sah sich aber bemüssigt, anzuordnen, daß der Anspruch des Bestandnehmers gegen den Bestandgeber auf Zurücknahme der Bestandsache, d. i. ein Recht auf eine Handlung, nicht auf dem Wege des §. 2 S. V. der für jenen geltenden besonderen Verfahrensart beziehungsweise dem ordentlichen Verfahren entzogen werden dürfe,[97]) — ein Verbot, das ganz unnütz wäre, wenn nur Forderungen auf Sachausfolgung dem §. 2 unterstünden (vgl. auch §. 4 Abs. 2 Bag.-Verf.). Der aus §. 2 S. V. in alle späteren Gesetze übernommene[98]) Terminus „Gegenstand" ist sonach identisch mit „Rechtsobject" im weitesten Sinne.[99]) Auch daß die §§. 2 und 3 des Gesetzes über das Bagatellverfahren den §. 1 Z. 2 desselben ohne Unterscheidung auf alle Streitigkeiten aus Handelsgeschäften nach Art. 272 H. G. B., also eben-

---

[96]) Das Bedenken beruht übrigens weniger auf dem Ausdruck „Leistung", da er positive und negative Handlungen umfaßt, als auf seiner Verbindung mit „Gegenstand", „Sache". Vgl. übrigens den Sprachgebrauch in §§. 205, 409 C. P. O.

[97]) Der §. 5 S. V. nennt allerdings nur „Streitigkeiten über die Räumung oder Zurückstellung gemietheter oder gepachteter Gebäude oder Grundstücke"; daß aber nach dem damaligen Sprachgebrauche darunter nicht nur die Geltendmachung der Rechte des Bestandgebers, sondern auch die Ausübung des Anspruchs auf Zurücknahme der Bestandsache begriffen ist, zeigt das für das lombardisch-venetianische Königreich ergangene Patent vom 17. Juni 1837 (abgedruckt bei Felder, Handbuch der seit 1840 erflossenen, auf das gerichtl. Verfahren in und außer Streit sich beziehenden Declaratorien, S. 372), das sich in seiner Ueberschrift als Norm für „Streitigkeiten wegen Räumung oder Zurückstellung" bezeichnet und dennoch im §. 22 von den durch den Bestandnehmer anhängig gemachten Streitigkeiten um die Rücknahmeverpflichtung des Bestandgebers handelt. Von ihr spricht in gleicher Weise der §. 19 des für Brünn erlassenen Hfkzd. vom 5. October 1843, Nr. 748 J. G. S., das wieder in der Ueberschrift nur Streitigkeiten wegen „Räumung" anführt. Vgl. auch Schrutka, S. 48.

[98]) Die J. N. des J. 1850 nannte aber „bewegliche oder unbewegliche Gegenstände." Das Gewerbegerichtsgesetz des J. 1869 kennt die Ablösung nur bei „beweglichen Sachen" (§. 68); der von dem Vergleich mit Abfindungsalternative handelnde §. 79 nennt aber auch „persönliche Leistungen".

[99]) Vgl. oben Note 22 die Notizen über die Entstehungsgeschichte des §. 2 S. V., in welchen stets von „Sachen oder Leistungen in Natur" die Rede ist; ebenso in dem dann als überflüssig gestrichenen §. 4 des Entwurfes des Referenten bei Schenk, S. 136.

Digitized by Google

falls auf die Geltendmachung von Rechten auf Handlungen (vgl. z. B. Art. 272 Z. 1) beziehen, ist einigermaßen Stütze unserer Anschauung. Allerdings können nur Rechte auf Leistung vertretbarer Sachen durch das Mittel der Abfindungsermächtigung in das Mahnverfahren gebracht werden.

Was gilt nun für Feststellungsstreitigkeiten? Die früher angestellten Untersuchungen scheinen schlechthin auch sie zu treffen. Denn die Feststellungsklage ist nicht auf Erfüllung privatrechtlicher Anerkennungspflicht gerichtet, verlangt vielmehr ausschließlich Rechtsschutz durch Richterthätigkeit, Geklagter kann den Feststellungsanspruch nicht befriedigen, sondern nur den Kläger durch Beseitigung des rechtlichen Interesses klaglos stellen. Der Wortlaut des Gesetzes ist ein starker Rückhalt jenes Schlusses. Wir lesen in §. 410 C. P. O.: „Wird ein Gegenstand zuerkannt . . . von der Leistung dieses Gegenstandes befreien könne"; §. 448 C. P. O.: „statt des in der Klage geforderten Gegenstandes"; §. 56 Abs. 1 J. N.: „an Stelle der angesprochenen Sache". Und in §. 56 Abs. 2 J. N. endlich ist gesagt, daß auch bei Feststellungsklagen die Nothwendigkeit einfacher, materiellrechtlich gleichgiltiger Werthbezifferung eintreten könne; doch ihre Erwähnung ist für unser Gebiet belanglos, sie will nur betonen, daß es auch bei Feststellungsklagen nicht auf das Interesse ankomme, das Kläger am Urtheile hat, sondern auf den Werth des Klagsgegenstandes. Dieser ist aber bei Leistungs- und bei Feststellungsklagen identisch.[100]) In Ansehung letzterer braucht eben, wie aus §. 56 Abs. 2 selbst erhellt, die subsidiäre Werthbestimmung nur dort platzzugreifen, wo der Klagsgegenstand weder in Geld besteht, noch sich nach Abs. 1 mit Geld messen läßt.[101]) Ist schon dies Beleg dafür, daß auch Feststellungsklagen von §. 56 Abs. 1 umfaßt werden, so wird weiters die Bedeutung der früher wiedergegebenen Gesetzesdiction erheblich durch die Beobachtung abgeschwächt, daß §. 55 Satz 2 und 3 J. N., nach welchem doch auch die Werthhöhe bei Streitigkeiten um Feststellung von Geldforderungen berechnet werden muß, sich ebenfalls der nur auf Leistungsprocesse deutenden Ausdrücke bedient.[102]) Jedes Be-

[100]) Horten, Die Jurisdictionsnorm, S. 231. Vgl. aber Trutter, Das öst. rr. Civilproceßrecht, S. 294.

[101]) arg. verb. „in allen anderen Fällen".

[102]) „begehrt . . . in Anspruch genommen . . . begehrten." Darum

Digitized by Google

denken schwindet jedoch bei Betrachtung der Quellen unserer Bestimmungen. Im §. 7 Bag.-Verf. und dem §. 15 lit. b J. N. ex 1852 begegnen uns nämlich klare Beispiele der Abfindung bei Feststellungsklagen. Mit Vorbedacht werden sie hier als Beispiele hingestellt. Den Feststellungsprocessen über Rechte auf wiederkehrende Bezüge wollte nicht eine Ausnahmsstellung zugewiesen, es mußte nur ihrer Sondernatur ein abweichender Berechnungsschlüssel angepaßt werden; ist doch an der genannten Stelle auch von derartigen Klagen betreffend Geldbezugsrechte die Rede. Folglich befreundet sich §. 15 lit. a mit der Abfindungsidee auch rücksichtlich der Feststellungsstreitigkeiten um nicht auf Geld lautende und nicht wiederkehrende Nutzungen spendende[103]) Rechte, wenn nur diesen Ablösbarkeit zukommt, also Abfindung möglich wäre, falls sie mit Verurtheilungsklage geltend gemacht würden. Bei allen ein Verhalten des Geklagten bezielenden Rechten ist daher die Feststellungsklage mit dem Erbieten vereinbar;[103a]) erkennt dann das Urtheil den Bestand des Rechtes an, so erfährt dieses gleichzeitig, genau so wie anläßlich der concludenten Feststellung im Verurtheilungserkenntnisse, eine inhaltliche Wandlung dahin, daß der Geklagte an die Stelle des von ihm in Hinkunft zu prästirenden positiven (Sachleistung, Handlung) oder negativen (Unterlassung, Duldung)[104]) Erfolges die Geldzahlung zu setzen berechtigt wird. Bei Rechten auf Successivverhalten muß das Geldsurrogat die einzelnen Zweigrechte erfassen. Keine Abfindung gibt es dagegen in Processen, die sich mit der (nicht einem in der Zukunft denkbaren, denselben Klagegegenstand betreffenden Verurtheilungsstreite anticipirten) Feststellung einer Rechtsfolge erschöpfen;[105]) nur bei ihnen gelten analog die zur Abwehr des

konnte oben bei der Erörterung über die Rechtsgestaltungsprocesse die Gesetzesfassung keinen Beweisgrund abgeben.

[103]) Unter §. 15 lit. a gehören jedoch Klagen betreffs Feststellung von Rechten auf wiederkehrende Leistungen für bestimmte Dauer. Es erfolgt Zusammenrechnung der Ablösungssummen aller künftigen Leistungen.

[103a]) Vgl. auch Kornfeld, Juristische Blätter 1897, Nr. 8.

[104]) §. 15 lit. b nennt ja auch das Fruchtgenuß-, also ein Duldungsrecht. Die obigen Darlegungen werden dadurch bestätigt.

[105]) Z. B. Oppositions-, Justificirungs-, Paternitätsklagen, Klagen auf Feststellung des Eigenthumsrechtes (im Unterschied zu jenen auf Feststellung eines Sachrestitutionsanspruchs), negative Feststellungsklagen oder Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde u. dgl.

Digitized by Google

Erbietens in Rechtgestaltungsprocessen angestellten Erwägungen. Betreffs aller dieser Sätze läßt sich aber für die heutige Zeit mit Fug ununterbrochene Rechtscontinuität annehmen. Denn §. 58 der neuen J. N., der in erster Linie auf Feststellungsklagen bezogen werden muß, hat aus dem citirten §. 15 lit. b den Capitalisirungszinsfuß bei der Berechnung des Werthes von Rechten auf wiederkehrende Erträgnisse übernommen;[106]) da aber unter diesen auch Naturalerträgnisse begriffen sind, so muß die Bewerthung der Jahresnutzung erfolgen und kann auch, wie nach §. 15 lit. b, auf dem Vorgange nach §. 56 Abs. 1 der jetzigen J. N. beruhen. Der Rückschluß auf alle oben charakterisirten Feststellungsprocesse ist danach nicht abzuweisen.[107])

---

[106]) 5% bei immerwährendem Rechte, 10% bei unbestimmter oder auf Lebenszeit beschränkter Dauer. Neu ist nur die Berechnung bei bestimmter Dauer. Vgl. Coulon, Gerichtszeitung 1898, Nr. 21, und §. 9 der Civilproceßordnung für das Deutsche Reich, ferner schon §. 27 Z. 3 des Referentenentwurfes einer österr. C. P. O. vom J. 1866.

[107]) Hoegel, Gerichtszeitung 1897, S. 260 empfiehlt, das nach §. 367 St. P. O. auf Rückstellung einer nicht in gerichtlicher Verwahrung befindlichen Sache gestellte Begehren zugleich auf eventuelle Zahlung des Werthes zu richten, so daß das Erkenntnis dem §. 410 C. P. O. entsprechen könne.

Digitized by Google

V.

Die subjective Berechtigung zum Erbieten.

Ueber die subjective Berechtigung zur wirksamen Erklärung der Abfindungsermächtigung schweigt das Gesetz gänzlich, und es muß daher auf die Erkenntnis zurückgegangen werden, daß jene nicht einen civilrechtlichen Vertrag anbahnt, sondern sich als Proceßhandlung mit civilistischer Wirkung entpuppt hat. Deshalb kann der Proceß eines nach §. 3 C. P. O. zugelassenen Ausländers, mag diesem auch nach seinem Heimatrechte die Geschäftsfähigkeit fehlen, mit der dem §. 410 entsprechenden Metamorphose seines materiellen Anspruchs schließen. Bei einheitlicher Streitgenossenschaft auf der Klägerseite hat nur die übereinstimmende Erklärung aller Kläger Bedeutung; der Schlußsatz des §. 14 C. P. O. ist unanwendbar. Umsoweniger kann die zwischenprocessuale Bereiterklärung vom Intervenienten ausgehen. Dagegen muß das Recht zu letzterer dem in der Parteirolle verbliebenen Veräußerer des Streitgegenstandes (§. 234 C. P. O.) zuerkannt werden.

Die Proceßvollmacht wird allgemein als Legitimation zum Erbieten aufgefaßt, mit Recht, weil eine Erklärung, die eventuell Fundament einer Gerichtshofssache ist (§. 56 J. N.), nicht von einer besonderen Vollmacht abhängen kann. Um sich aber über die Beschränkbarkeit der Proceßvollmacht in diesem Punkte gemäß §. 32 C. P. O. ein Urtheil bilden zu können, muß unserer Erklärung zuvor der Platz in §. 31 Z. 1 oder Z. 2 angewiesen werden. Der Zweifel ist eine Folge des bei Anlehnung des §. 31 C. P. O. an §§. 81, 82 der Civilproceßordnung für das Deutsche Reich unterlaufenen Ueberseh ens unserer Proceßhandlung, die

Digitized by Google

ebenfalls die Bedeutung einer processualen Disposition über den Klagsanspruch besitzt. Um dieses Endziels willen muß sie wohl, obzwar sie nicht zum Proceßvergleich führt, diesem gleichgehalten und unter §. 31 Z. 2 subsumirt werden. Diese dem praktischen Bedürfnisse allein entsprechende Meinung hat freilich gegenüber dem Wörtchen „nur" in §. 32 C. P. O. keine allzustarke Position. Consequent wird die Vollmacht zu einzelnen Proceßhandlungen (§. 33 C. P. O.) gemäß §. 1008 a. b. G. B. auf die Gattung des Erbietens, das doch der eventuellen Veräußerung des Streitgegenstandes materiell gleichsteht, lauten müssen, doch dürfte auch schon die Vergleichsermächtigung genügen. Gleiche Erwägungen verbieten nach §§. 308, 325 E. O., daß der betreibende Gläubiger, dem ein Ausfolgungsanspruch zur Einziehung überwiesen wurde, auf Rechnung des Verpflichteten zur Substituirung der beizutreibenden Sache durch eine Abfindungssumme seine Hand leihe. Der Vormund, der Curator oder Zwangsverwalter muß sich mit der gerichtlichen Genehmigung ausweisen.[108]) Der Concursmasseverwalter endlich ist, wenn der wahre Werth des Naturalrechtes 400 K übersteigt, genöthigt, die Ermächtigung nach §. 147 lit. b oder Abs. 2 C. O. beizubringen.

[108]) E. 9. Mai 1888, Gl.-U. 12183, und die II. Instanz in Gl.-U. 13664; diesen Beschluß, mit welchem das auf Grund genehmigungslosen Erbietens eingeleitete Summarverfahren behoben wurde, beseitigte der O. G. H. — ohne sich über unsere Frage auszusprechen — „weil das Gesetz diesen Mangel nicht ausdrücklich mit Nullität bedroht".

Digitized by Google

VI.

Die zeitliche Zulässigkeit des Erbietens.

Nach jetzigem Recht kann der Kläger auch noch in der Verhandlung sich zur Annahme eines Abfindungsbetrags bereit erklären. Man muß nun unterscheiden, ob eine solche Erklärung bereits in die Klage aufgenommen war oder nicht. Im ersten Falle könnte eine Zurückziehung des Erbietens, eine Erhöhung oder eine Ermäßigung der früher genannten Ablösungssumme beabsichtigt sein. Die erste Alternative will ein Klagebegehren, das dem Geklagten die facultas alternativa offenhält, gegen ein Petit vertauschen, dem nur durch ein Urtheil auf Naturalerfüllung Genüge geschieht; die Erhöhung der Summe nimmt ein besseres Proceßergebnis in Aussicht. Beide Schritte planen also eine Erweiterung des Klagebegehrens, die ohneweiters nur bis zum Eintritt der Streitanhängigkeit, nachher nur mit Einwilligung des Geklagten zuzulassen ist (§. 235 Abs. 1 und 2 C. P. O.).[109]) Gegen dessen Willen in Anwendung des §. 235 Abs. 3 C. P. O. die Klagserweiterung zu acceptiren, kann wohl dem Gerichte nicht verstattet werden, da es hiedurch in die materiellen Rechtsbeziehungen der Parteien Bresche legen würde (vgl. oben Abschnitt III, Schluß). Der praktisch selten sich er-

---

[109]) So auch Wachtel, S. 373. Beruht aber die Zuständigkeit des Gerichtes auf §. 56 Abs. 1, Satz 1 J. N., so ist nach §. 235 Abs. 1 C. P. O. der Widerruf des Erbietens oder die Steigerung der Summe über die Competenzgrenze jedenfalls ausgeschlossen. Für den Fall der Erhöhung des Betrages von unter 100 K auf eine Summe von höchstens 1000 K gilt §. 453 C. P. O.

Digitized by Google

eignenden Herabsetzung[110]) des in der Klage bezeichneten Betrages sind als einer Beschränkung des Klagebegehrens keine Schranken gezogen.

Letzteres ist auch der Charakter des erst in der Verhandlung erklärten Erbietens.[111]) Denn die Klage ging von einer Obligation mit einheitlicher Spannung aus, nunmehr soll der Anspruch auch durch Geldzahlung getilgt werden dürfen. Aus diesen Kategorien ergibt sich die Behandlung der Erklärung im Versäumnis- und im Rechtsmittelverfahren. Trotz Abwesenheit des Geklagten kann also das Begehren auf Naturalerfüllung in ein zur Abfindung ermächtigendes verwandelt[112]) oder die Ablösungssumme gemindert werden; ausgeschlossen ist dagegen Widerruf des Erbietens oder Steigerung der Summe, auch nach Ankündigung dieser Schritte in einem vorbereitenden Schriftsatze, denn §. 235 Abs. 2 C. P. O. fordert wahres Verhandeln des Gegners über die erweiterte Klage. Die beiden letzterwähnten Versuche prallen im Rechtsmittelverfahren, der Zustimmung des Gegners unerachtet, an dem Verbote des §. 483 Abs. 3 C. P. O. ab, nach den beiden anderen Richtungen ist der Kläger auch jetzt noch unumschränkter Herr.[113])

---

[110]) Sie könnte von der Hoffnung ausgehen, daß dann der Gegner den Streit aufgeben werde.

[111]) Ebenso Wachtel, a. a. O.

[112]) A. M. ohne Begründung Flieder, Právník 1897, S. 595 596; er fordert vorherige Mittheilung.

[113]) Auch hier natürlich a. M. Flieder, a. a. O.

Digitized by Google

VII.

Die richterliche Stellungnahme zum Erbieten.

Bei zwei Gelegenheiten hat die richterliche Spruchthätigkeit zur Statthaftigkeit des Erbietens Stellung zu nehmen. Sie hat vor Allem einzugreifen, wenn es sich um die gewünschten processualen Consequenzen handelt. Das Gericht zieht sie oder es erklärt sich, unter Hinweis auf die Unstatthaftigkeit einer Abfindungsermächtigung, für unzuständig oder verwehrt die Einleitung des dem Erbieten correspondirenden Verfahrens. Das Rechtsmittel der beschwerten Partei beziehungsweise die Unzuständigkeitseinwendung des Geklagten oder gar die Officialberücksichtigung des Mangels nach §§. 43, 104 J. N. eröffnen dann nach gewöhnlichen Grundsätzen den Weg zur definitiven Austragung des Zweifels.[114]) Dieser ist aber nur processuale Vorfrage, deren Entscheidung nicht selbst die Rechtskraft beschreitet. Wird also auch in formeller Hinsicht die Wirksamkeit des Erbietens zum Ausgangspunkt genommen, so ist damit noch durchaus nicht der entgegengesetzten Meinung bezüglich der civilistischen Folgen präjudicirt.[115])

---

[114]) Im Mahnverfahren genügt dem Gegner natürlich der bloße Widerspruch.

[115]) Man kann dem Gerichte nicht zumuthen, den begangenen Fehler, etwa die auch nach §. 517 Z. 1 C. P. O. irreparabel gewordene Behandlung einer Oppositionsklage als Bagatellsache, noch durch die seiner Ueberzeugung widerstreitende Aufnahme der Clausel des §. 410 in das Urtheil zu vergrößern; denn in diesem Beispiel würde es sich sogar anschicken, etwas als unausführbar Erkanntes durchführen zu wollen. Wird dagegen bereits ex primo decreto der Erbietensversuch zurückgewiesen und das regelmäßige bezirksgerichtliche Verfahren

Digitized by Google

Mit ihnen befaßt sich das Gericht, sobald der Geklagte im Zuge des Processes die Schätzungssumme sammt Nebengebühren bezahlt oder erlegt und sodann nach §. 406 C. P. O. wegen Befriedigung des klägerischen Anspruchs Sachabweisung beantragt, oder wenn ohne einen solchen Zwischenfall der §. 410 bei der Urtheilsfällung Berücksichtigung verlangt. Soweit das Urtheil zu Naturalzinsen verhält, muß es in die Clausel den in gleicher Weise berechneten Zinsensatz von der Ablösungssumme aufnehmen; der §. 2 S. V. und §. 15 lit. a der alten J. N. (§. 7 Bag.-Verf.) hatten ausdrücklich diese Zinsen erwähnt, im neuen Recht wurde dies offenbar neben §. 54 Abs. 2 J. N. für überflüssig angesehen. Mit Rücksicht auf diese Bestimmung kann sich wohl im Processe um eine species sammt Zuwachs oder Früchten die Abfindungsermächtigung je nach der Fassung des Erbietens nur auf die Sache selbst oder auf alles beziehen.[116]) Eine Minderung der vom Kläger seinerzeit genannten Ablösungssumme in dem Zusatz des §. 410 könnte nur im Falle nachheriger Theilbefriedigung während des Processes oder im Falle Theilabweisung eines theilbaren Anspruches vorgenommen werden.[117])

---

eingeleitet, so kann der Richter nicht mehr nach einer Sinnesänderung den §. 410 benutzen, denn er hat nicht über ein alternatives Klagebegehren verhandelt. Sonst geschähe auch dem Kläger großes Unrecht, da er die für ihn unangenehmen Folgen seiner Erklärung tragen müßte, ohne ihre processualen Vortheile genossen zu haben. Liegen ihm nicht so sehr diese als die Ablösbarkeit am Herzen, so mag er gemäß §. 410 in der Verhandlung seine Erklärung wiederholen und dadurch der umgestimmten Rechtsanschauung des Richters Platz schaffen. — Aus den Stichworten dieser Note folgt übrigens für die weiter unten im Text sub 1 behandelte Frage, daß umsoweniger in der dem Erbieten conformen einfachen Tagsatzungsanordnung, bezw. Einleitung des Verfahrens nach §. 448 eine für die Heranziehung des §. 419 genügende Anerkennung der Erbietenszulässigkeit erblickt werden darf.

116) A. M. Kautschisch, S. 7: „. . . wenn er sich erbietet, eine Geldsumme anzunehmen, welche ohne allfällige, jedoch nur in barem Gelde bestehen dürfende Nebenverbindlichkeiten 200 fl. C.-M. nicht übersteigt".

117) Die Bewerthung bezieht sich nämlich auf die Sacheinheit. Das ist auch der Gedanke des §. 4 S. V. (§. 15 lit. a J. N. ex 1852, §. 7 Bag. Verf.). Das Citat des §. 2 S. V. kann nur den dort an zweitec Stelle erwähnten Fall betreffen und will sagen, daß die Höchstgrenze überschritten wird, wenn der Werth der vom Kläger zur Begründung des verlangten Naturalienüberschusses angeführten, mit den Gegenansprüchen des Geklagten gleichartigen

Digitized by Google

Eine Verletzung der vorstehenden Grundsätze kann sich nun dadurch ereignen, daß 1. der Richter einfach übersehen hat, sich nach Vorschrift des §. 410 zu verhalten, 2. daß die Aufnahme der Clausel unterblieb, weil das Gericht das Erbieten für unzulässig hielt oder als Werthbezifferung im Sinne des §. 56 Abs. 2 J. N. ansah. Endlich kann 3. mangels einer dies gestattenden Erklärung des Klägers die Abfindung vorbehalten werden, insbesonders infolge mißverständlicher Verwechslung der einfachen Bewerthung nach §. 56 Abs. 2 J. N. mit der Ablösungsermächtigung.

ad 1. Bereits oben (Abschnitt III) wurde die Anschauung Klein's wiedergegeben, daß der Richter durch ein derartiges Uebersehen nur eine redactionelle Lücke im Urtheile offen lasse. Dem Fehler sei durch einfache Urtheilsberichtigung nach §. 419 C. P. O. beizukommen.[118]) Für denjenigen aber, der das Erbieten nicht unter dem Gesichtswinkel Klein's zu betrachten vermag, ist §. 419 in dieser Allgemeinheit unbrauchbar. Er will die Discrepanz zwischen Gewolltem und Erklärtem ausgleichen durch „Berichtigung der Urtheilsformel im Sinne der Vervollständigung, welche dem wirklichen Willensinhalte des Urtheils den formell correcten Ausdruck gibt".[119]) Was aber gewollt ist, muß aus dem Urtheile selbst (eventuell aus den sonstigen Proceßacten) hervorgehen. Denn das Berichtigungsverfahren wendet sich nicht an das Erinnerungsvermögen der Verhandlungsrichter, die Berichtigung kann auch von einem anderen Mitgliede derselben Gerichtsbehörde vorgenommen, ja auch in höherer Instanz angeordnet werden. Das ist nur erklärlich, wenn die Berichtigung rein logische Thätigkeit ist, die auf Grund der Acten allein geübt werden kann. Steht also in den Entscheidungsgründen etwa: „Der Abfindungsvorbehalt für den Geklagten gründet sich auf §. 410 C. P. O.", und sucht man trotzdem im Urtheilstenor vergebens nach der entsprechenden Clausel, so taugt das Recept des §. 419.[120])

Naturalansprüche, berechnet nach dem vom Kläger benannten Sacheinheitswerthe, die maßgebende Summe übersteigt.

[118]) Diese Meinung wird von Tilsch, a. a. O., gebilligt.

[119]) Wach, Vorträge über die Reichscivilproceßordnung, 2. Aufl., (Bonn 1896), S. 145. Vgl. auch Schultzenstein, Zeitschr. f. d. Civilpr. 15., S. 74 fg.

[120]) Ebenso bei irrthümlicher Verfehlung des richtigen Abfindungsbetrages.

Digitized by Google

Es liegt eine Auslassung vor, die sich mit dem in den Gründen documentirten Willen des Urtheilsverfassers nicht deckt. Aus den Gründen folgt mit Nothwendigkeit, daß die Ablösungsermächtigung auch ausgesprochen worden wäre, wenn der Richter seine Aufmerksamkeit hierauf gelenkt hätte. Ein anderer Standpunkt ist aber einzunehmen, wenn das Urtheil keinen Anhalt zu solchem Schlusse bietet, wenn einzig und allein die Erklärung des Klägers vorangegangen ist, mag sie auch im Thatbestande wiedergegeben sein. Als Abhilfe kann dann §. 419 nur demjenigen genügen, der mit Klein den Richter von jeder Prüfung des Anerbietens fernhält. Wer aber zwischen diesem und dem Vorgang nach §. 410 der Verbindungsbrücke der juristischen Beurtheilung der Zulässigkeit und Wirksamkeit der Erklärung bedarf, kann, weil der Richter hier keineswegs fungibel ist, nicht zu §. 419 greifen. Auch die Verwendung des §. 423 kann nicht das Urtheil in das richtige Geleise bringen,[121]) allerdings nicht etwa, wie Klein angibt, weil es an einer Entscheidung fehlte, sondern weil nicht „ein Anspruch übergangen" ist. Die processuale Sachlage ist vielmehr dahin zu umgrenzen, daß das Urtheil über den Parteiantrag hinausgeht (§. 405), daß es den Anspruch schlechterdings zuerkennt, obgleich nur Zuerkennung unter Eröffnung der Abfindungsmöglichkeit gefordert ist. Es verhält sich nicht anders, als wäre eine bereits nach Civilrecht bestehende facultas alternativa unbeachtet geblieben. Daraus folgt aber, daß gegen einen solchen Urtheilsfehler nur mit Berufung des Geklagten angekämpft werden kann, die das Berufungsgericht nicht mit Urtheilsaufhebung nach §. 496 Z. 1,[122]) sondern mit Urtheilsabänderung zu erledigen hat, und daß jener bei der Urtheilsschöpfung in einer Bagatellsache unterlaufene Verstoß nicht wettgemacht werden kann (§. 501). Hat sich dieser bei Hinausgabe eines bedingten Zahlungsbefehls ereignet, so reicht man, da bereits in dessen Erlassung die Anerkennung der Abfindungsstatthaftigkeit liegt, mit §. 419 aus.

ad 2 und 3. In diesen Fällen kann nur die Berufung Abhilfe bringen, und zwar nach 2 jene des Beklagten (§. 405),

[121]) Wachtel, a. a. O., plaidirt für „eine Ergänzung bezw. die Anfechtung des Urtheils".

[122]) Die Ablehnung der Procedur nach dieser Stelle bei Klein beweist also nichts.

Digitized by Google

nach 3 jene des Klägers, dem weniger zugesprochen wurde, als der Sachlage entsprach. Kam es (wenn auch im Falle 2 infolge des Erbietens) zum Verfahren nach §§. 448 fg., so schafft natürlich der Rechtsirrthum des Richters definitives Recht.

Digitized by Google

VIII.

Die Umwandlung des materiellen Rechtes des Klägers.

Zufolge des im §. 410 C. P. O. vorgeschriebenen Urtheilszusatzes geht das materielle Recht des Klägers aus dem Processe inhaltlich verwandelt hervor, der Belangte hat endgiltig die Befugnis der alternativen Zahlungsmodalität erworben, ihre rechtmäßige Begründung, also die Frage, ob ihr ein wahres Anerbieten eines hiezu subjectiv Legitimirten in einem entsprechenden Proceßstadium voranging, hat weiterhin kein Gericht, insbesonders nicht das Executionsgericht zu überprüfen. Nur die objective Unzulässigkeit der Alternativermächtigung (oben Abschnitt IV) kann nicht durch die Urtheilssentenz geheilt werden, etwas in Wahrheit Unmögliches und Unausführbares kann auch die richterliche Entscheidungsgewalt nicht zu Möglichem umbilden, der dies versuchende Theil des Erkenntnisses muß als nicht geschrieben gelten.[123])

Den Executionsantrag kann der Berechtigte nur auf Beitreibung der Naturalleistung richten.[124]) Der Schuldner behält

---

[123]) Das ist ein Seitenstück zu jener Erscheinung, die ich in „Zwangsvollstreckung in Forderungen", S. 38 fg. als perplexes Verfahren bezeichnet habe. Gegen diesen Begriff Pick, Grünhut's Zeitschrift 29., S. 783. Erst nachträglich bin ich darauf aufmerksam geworden, daß sich meine dortigen Aufstellungen mit jenen Kohler's, Der Proceß als Rechtsverhältnis (Mannheim 1888), S. 122, 123 sehr nahe berühren.

[124]) Es kann darum, um für den Fall des Abgangs der Sache den Proceß nach §. 368 E. O. zu ersparen, praktisch sein, gleich im Hauptstreite

Digitized by Google

die facultas alternativa trotz der Executionsbewilligung. Der zur Durchführung des Gesetzes über das Mahnverfahren ergangene Justizministerialerlaß vom 6. Juni 1873, Z. 6699 verpflichtet sogar im Abschnitte IV den Executionsbewilligungsrichter, in dem auf Grund eines bedingten Zahlungsbefehls ergangenen Executionsbescheide den Schuldner auf die Alternativermächtigung aufmerksam zu machen. Diese auf §. 21 Mahn-Verf. beruhende Weisung gilt zweifellos gemäß Art. XXVIII des Einführungsgesetzes zur C. P. O. noch jetzt,[125]) und man verletzt sicherlich nicht das Gesetz, wenn man, um Rechtsunkundige vor Mißverständnissen zu bewahren, in Anlehnung an die erwähnte Verordnung auch nach vorausgegangenem contradictorischen Verfahren diese Belehrung in die Vollstreckungsbewilligung einflicht.

Allgemein ist anerkannt, daß für den Verpflichteten die Geldzahlungsermächtigung erst in dem in §. 12 E. O. angegebenen Zeitpunkte endigt.[126]) Die Zahlung der Abfindungssumme ist Tilgung der Vollstreckungsforderung und schafft sonach die Anwendbarkeit der §§. 35, 39 Z. 7, §. 40 E. O. Betraf die Abfindung den Anspruch auf Rückstellung einer im Eigenthum des Gläubigers stehenden Sache, so begründet sie zwar nicht Eigenthum, aber das Recht des Ablösenden auf Eigenthumsübertragung,[127]) ob es sich nun um Immobilien oder Mobilien handelt; bezüglich letzterer besitzt wohl die seinerzeitige Erklärung des Klägers nicht die Bedeutung einer brevi manu traditio.

Die wirkliche Ablösung des klägerischen Rechtes kann den Gläubigern des Klägers oder des Beklagten eine Benachtheiligung zufügen, wenn im Verhältnis zum wahren Sachwerthe die Abfindungssumme unverhältnismäßig niedrig, beziehungsweise hoch gegriffen wurde. Die Beleuchtung dieser Erscheinungen nach dem Anfechtungsgesetze führt zu interessanten theoretischen Fragen, die jedoch hier nicht beantwortet werden, weil ihnen wohl praktische Bedeutsamkeit abzusprechen ist.

---

das Interesse zu liquidiren: Neumann(-Ettenreich)-Bloch, Beispiele von Schriftsätzen I., S. 49 N. 1.

[125]) Ebenso Ott, Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního, III., S. 241.

[126]) Keine weiterreichende Frist gewährt das Wort „jederzeit" im §. 15 Abs. 2 Mahn-Gesetz.

[127]) Vgl. E. vom 21. Februar 1894, Nowak'sche Sammlung IX., S. 32 (Gl.-U. 15038).

Digitized by Google

IX.

Vorschläge de lege ferenda.

Die 50jährige Gewöhnung an das uns hier beschäftigende Institut mochte es bei Schaffung der heutigen Civilproceßgesetze verschuldet haben, daß man der Frage, ob nicht auch ohne jenes auszukommen sei, gar nicht nahetrat. Und doch wäre sie mit Rücksicht auf die Weiterbildung der Einrichtung nicht überflüssig gewesen. Gefahrlos ist diese nur im Mahnverfahren, da der Gegner ihre Folgen durch einfachen Widerspruch von sich abzuschütteln vermag;[128]) so lange man es — mit Unrecht — für nöthig erachtet, nur kleineren Ansprüchen die Wohlthat des Mahnverfahrens zuzuwenden, ist auch gegen die Abfindungsbewerthung nichts zu erinnern. Umso größere Einsprache fordert sie in sonstiger Beziehung heraus, weil sie auf Kosten des Beklagten dem egoistischen Belieben, ja der Chicane des Klägers Thür und Thor öffnet. Die obigen Darlegungen haben erwiesen, daß dieser mit einer jeden Glauben an Ernstlichkeit verscheuchenden Erklärung dem Gegner die erhöhte Last einer Gerichtshofsverhandlung aufhalsen und ihm mit der Aussicht auf die Gebührensteigerung Daumschrauben anlegen kann. Damit ist über

[128]) Nur wäre in Abweichung von §. 11 Abs. 2 Mahn-Ges. die unbedingte Auferlegung der Kosten des Mahnverfahrens an den Kläger wünschenswerth, wenn der Beklagte im Proceß beweist, daß der wahre Sachwerth über 400 K liegt. Denn der Widerspruch muß dann gar nicht die Rechtsbestreitung bezwecken, sondern blos die Ablehnung der Spiegelfechterei des Zahlungsbefehlswerbers, der in der Hoffnung, der Gegner werde bis zum Endtermin des §. 12 E. O. das Geld zu zahlen außer Stande sein (vgl. weiter unten im Text), die factische Sachlage zur Umgehung des Gesetzes ausnützt.

Digitized by Google

die processualen Consequenzen des Erbietens zur Annahme einer nicht nach oben limitirten Summe der Stab gebrochen. Aber auch der Fähigkeit des Erbietens, die Angelegenheit zur Bagatellsache zu stempeln, kann nicht das Wort geredet werden. Denn es vermeidet nicht die Unebenheit, daß dort, wo bereits 100 K für den Beklagten eine beträchtliche Summe repräsentiren, es in kürzester Frist zur Abnahme der Sache u. dgl. kommt (§. 12 E. O.), bevor noch der Schuldner den Ablösungsbetrag flüssig zu machen in der Lage war. Retrospectiv ergibt sich dann, daß kraft der thatsächlichen Verhältnisse der Bagatellwerth des Streitgegenstandes bloßer Schein war. Um jener willen kann der Kläger ohne Einbuße dem Gegner den Rechtsmittelweg abschneiden, wenn er auf die bekannt gewordene, ihm günstige Rechtsanschauung des Richters baut, oder wenn er, um sich vor den allfälligen Kosten mehrerer Instanzen zu schützen, Va banque spielt. Der Verlust der Urtheilsanfechtungsmöglichkeit ist doppelt hart, wo der eine Theil in Wahrheit um weit mehr als die Bagatellsumme streitet. Unsere gegenwärtige Rechtsordnung hat aber gar keinen Anlaß, den Beklagten solchen selbstsüchtigen Motiven des Klägers auszuliefern. Dessen autonome Stellung mochte jenen ehedem weniger bedrücken, da ihr die Schwerfälligkeit und Kostspieligkeit des sonstigen Verfahrens die Wagschale hielt. Heute jedoch vermißt der Beklagte auch diese compensatio lucri cum damno und empfindet lediglich die Gefahr, die ihm infolge des Dictates des Klägers droht. Die Verkümmerung des Rechtsmittelzuges darf nicht eintreten, ohne daß sie auf Wunsch des Benachtheiligten durch eine gerichtliche Wertherhebung gerechtfertigt werden könnte. Demnach blieben nur die Fälle der Ablösung des Klagsanspruchs mit einem Betrage zwischen 100 und 1000 K. Sie sind jedoch spärlich gesäet, da der Kläger den einzigen ihm dabei winkenden Vortheil, die Bindung der Sache an das Einzelgericht, schon durch einfache Werthbezifferung erreicht. So ist das Institut des Erbietens zur Abfindungsannahme dort gefährlich, hier überflüssig und kann de lege ferenda recht gut entbehrt werden. Wo die Ablösbarkeit des Klagsrechtes sich den Interessen beider Parteien anpaßt, können sie auch schon durch vorprocessuale privatrechtliche Einigung die erwünschte Gestaltung des Proceßverhältnisses herbeiführen.

K. u. k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme in Wien.

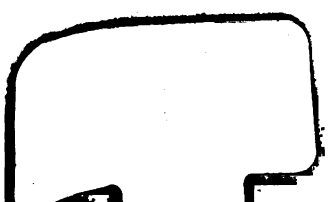
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

K. u. k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme in Wien.

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google